RICARDO MAURÍCIO
FREIRE SOARES

HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

saraiva jur

4ª EDIÇÃO

Prefácio

O Direito entre a Hermenêutica Filosófica e a História

O Livro de Ricardo Maurício Freire Soares, intitulado *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*, revela não somente a oportunidade da obra, mas também a óbvia relevância do tema que aborda, ou seja, a análise da relação entre a hermenêutica e o direito. Uma questão de considerável profundidade teórica e com repercussões evidentes no cotidiano de cada comunidade, regida por diversas normas jurídicas.

O texto em comento também assume um valor de importância histórica e filosófica específica, como é demonstrado claramente (sobretudo) na primeira parte, ao analisar a teoria hermenêutica desenvolvida por importantes historiadores da filosofia e da cultura, a partir de Schleiermacher e prosseguindo através de Dilthey, Heidegger, Gadamer, Ricoeur e Habermas. Estes são autores que marcaram e influenciaram de forma significativamente para a constituição da hermenêutica na sua forma contemporânea, efetivamente libertando-a do papel original de ser simplesmente técnica (vale dizer, como uma interpretação essencialmente filológica-gramatical dos textos, especialmente os sagrados) e transferindo-a para dentro do horizonte mais amplo do conhecimento histórico e filosófico. A hermenêutica passa a assumir um significado muito mais amplo do que antes, representando uma tentativa de "compreender" o mundo histórico e humano e, portanto, de suas muitas e variadas produções culturais, entre os quais pode e deve certamente ser incluído o direito.

A partir de Schleiermacher (se você quiser fixar um ponto de partida para este processo histórico, com todo o cuidado, no entanto, que isso deve necessariamente envolver), e, em seguida, especialmente com Dilthey, o ato de “compreender” significa olhar para qualquer tentativa de capturar as diferentes expressões do conhecimento humanístico (da arte à religião, da filosofia à história, do direito e assim por diante), considerando-o dentro de um processo não simplesmente “técnico-científico”, ou seja, destinado a reconduzir, de modo esquemático e rigoroso, certos efeitos para as causas que os produziram, mas, em vez disso, marcado principalmente pelo envolvimento emocional também cheio de sentimento do sujeito gnoseológico em relação ao objeto investigado, com referência específica, é claro, ao mundo histórico-humano. Trata-se, em outras palavras, de diferenciar a “compreensão” da simples “explicação”, mais usada principalmente no contexto das ciências chamadas de “rigorosas” ou “exatas”, e isto também à luz das diferenças entre aquelas que, na Alemanha, são definidas como *Geisteswissenschaften* em face da *Naturwissenschaften*. Percebe-se bem a razão pela qual a simples explicação causal, certamente válida e geralmente aceita no âmbito das ciências naturais, não pode deixar de ser substancialmente inadequada quando alguém quiser entender, de forma autêntica, o horizonte da existência humana, na qual tanto a cultura quanto a história apresentam-se como dimensões constituintes absolutamente essenciais. Esta ordem de considerações permitiu iniciar, na Alemanha do século XIX, o famoso e complexo debate sobre o estatuto epistemológico, objeto e metodologia das ciências, um debate de muitas vozes que viria a estender-se por todo o século XX, permanecendo ainda nos dias de hoje.

Colocando em outras palavras, tratava-se de recuperar a ideia absolutamente fundamental e decisiva de Dilthey acerca do "homem completo", entendido como indivíduo, articulado e complexo, por isso nunca totalmente reduzido a uma conotação exclusiva de um sujeito do conhecimento científico, mas, para ser entendido, isto sim, como alguém que, além de "descrever", também "sente"' e "quer" de modo igualmente determinante e significativo. Isso significa expandir as fronteiras do sujeito do conhecimento, tal como define Kant com sua *Crítica da Razão Pura*, referindo as suas propriedades gnoseológicas a um escopo mais amplo, que é capaz de abranger da mesma forma, numa perspectiva sempre dinâmica e dialética, suas posteriores funções essenciais, substancialmente ligadas às dimensões do sentimento, da vontade, da fantasia. Trata-se, por assim dizer, de "historicizar" o sujeito kantiano, colocando de volta em suas veias um sangue autêntico, parafraseando uma conhecida afirmação de Dilthey. Deste ponto de vista, então, é necessário proceder a uma diversa consideração metodológica (e não só) das ciências humanas, entre as quais, pelo menos para o que diz respeito à sua constituição histórica inevitável (que, no entanto, é parte absolutamente substancial), para certamente incluir o direito, objeto, dentre outros (não por acaso) de considerações significativas, por Dilthey, no famoso *Einleitung in die Geisteswissenschaften* de 1883.

O trabalho de Ricardo Maurício Freire Soares aqui apresentado leva em conta, de modo seguramente relevante e certamente não muito frequente em estudos sobre o direito e sua interpretação, estas considerações históricas e filosóficas que estão na base da teoria hermenêutica contemporânea e que, portanto, mostra-se profícua e absolutamente essencial para os propósitos

de uma mais plausível teoria da interpretação jurídica. Nesta perspectiva, ele enfatiza fortemente a insuficiência de qualquer tentativa de considerar a hermenêutica (incluindo mas não limitada ao objetivo de uma interpretação mais precisa e significativa do direito) como uma simples técnica filológico-gramatical, a ser exercida sobre a letra de dispositivos legais, sublinhando a necessidade urgente de superar uma hermenêutica, por assim dizer, essencialmente “técnica” em favor de uma Hermenêutica “Filosófica”. Partindo de uma hipótese interpretativa fundamental, a gênese da hermenêutica “técnica” como o instrumento original da exegese da bíblia e de textos sagrados em geral, praticada de formas diferentes nas diversas tradições e que marcaram a história cultural religiosa, o autor mostra como, através de uma primeira extensão do objeto de investigação, abrangendo a literatura não exclusivamente sagrada, chega-se à formulação da hermenêutica filosófica contemporânea que incorpora, expande e radicalmente transforma, com o pensamento de Schleiermacher, a concepção desta disciplina humanística fundamental.

Esta concepção renovada da hermenêutica faz o seu caminho, de forma decisiva, no período romântico, sendo significativo que isso ocorra também graças ao trabalho de um teólogo protestante como Schleiermacher, que, no entanto, é capaz de ampliar, de forma muito significativa, a própria perspectiva, inaugurando um novo senso hermenêutico, por exemplo, a primeira grande tradução importante e interpretação filosófica dos Diálogos de Platão (ou seja, de um filósofo pré-cristão). O instrumento técnico é tão radicalmente transformado em uma forma muito mais ampla de entendimento filosófico, onde os dados filológicos permanecem imprescindíveis e fundamentais, mas agora

inseridos num contexto muito mais amplo de referências, onde as hermenêuticas, por assim dizer, setoriais e especializadas devem ser aprendidas (mas não simplesmente anuladas) no contexto de uma teoria geral da hermenêutica doravante entendida como arte (a expressão aqui é certamente significativa) da interpretação.

E não é por acaso, portanto, que a teoria romântica venha depois ser retomada e aprimorada, de forma decisiva, por Wilhelm Dilthey, o renomado historiador e filósofo alemão, que começa seus próprios estudos tentando reconstruir o trabalho de Scheleiermacher, alcançando (em tempos muito longos) a laboriosa, problemática, mas absolutamente fundamental, publicação dos volumes monumentais dos *Leben Schleiermachers*.

O pressuposto de Dilthey, em referência à fundação da hermenêutica e, mais geralmente, da reformulação do objeto e do estatuto metodológico da *Geistwissenschaften*, é muito simples e linear, decorrendo de uma consideração de evidência imediata, isto é, do fato que, no âmbito do saber humano, ao contrário do que acontece com as *Naturwissenschaften*, há uma coincidência substancial entre o sujeito e o objeto no processo gnoseológico. No caso do primeiro, na verdade, o ser humano estuda a si mesmo e suas próprias produções culturais e espirituais (ou simbólicas, para citar Ernst Cassirer), o que implica o elemento decisivo mencionado acima, isto é, a absoluta incapacidade de considerar todas as possibilidades de uma suposta consciência “pura e asséptica”, ou “objetiva”, no sentido de uma gravação dos dados puros de uma realidade externa e estranha ao sujeito que a investiga. Em suma, o pressuposto identificável com o sujeito cartesiano (e de muitas maneiras, kantiano), que

surge “oposto” a um mundo que é totalmente diferente e independente dessa consciência que o examina. Dilthey observa, com razão, como a assunção desse pressuposto cartesiano inevitavelmente estraga qualquer forma de conhecimento do mundo humano, que deve antes ser considerado e planejado com as participações sentimentais, emocionais e valorativas do sujeito que olha e investiga um determinado objeto. A partir deste ponto de vista, a hermenêutica pode e deve assumir renovada consistência histórica e filosófica, a fim de lidar com um horizonte relacional (aquele entre sujeito e objeto, em primeiro lugar) absolutamente dinâmico e nunca totalmente redutível a qualquer esquematismo de matriz explicativo-causal (como é o caso da explicação *naturwissenschaflich*). A dimensão filosófica funde-se aqui, de modo essencial e constitutivo, com a constituição histórica de cada processo hermenêutico.

Através da reformulação posteriormente operada por Martin Heidegger, tendo em vista a “questão ontológica” que constitui o fulcro de toda a sua especulação filosófica, a hermenêutica assume uma nova direção, onde a referência é, agora, à contínua necessidade/possibilidade de Dasein para interpretar e, portanto, viver plenamente as diferentes e contínuas facetas de sua própria existência: e certamente não é uma coincidência que Heidegger possa dedicar um longo parágrafo (o 77) do seu trabalho mais conhecido, Ser e Tempo, de 1927, apenas para a ideia da historicidade desenvolvida por Dilthey (e, em diálogo contínuo com estes, por Paul Yorck von Wartenburg).

Deve-se a um aluno de Heidegger, ou seja, Hans-Georg Gadamer, a sucessiva e definitiva transformação da hermenêutica numa arte em geral da interpretação da vida e de todas as suas instâncias, portanto, a

“codificação” desta disciplina na forma, em linhas gerais, contemporânea. Deve ser dito, porém, que aqui faz-se uma transformação radical, em essência, do projeto de Dilthey, cujo problema absolutamente crítico era a fundação da história e da análise da historicidade, problema que na abordagem hermenêutica de Gadamer é dissolvido ou deliberadamente evitado, o que é realmente bem compreensível, considerando as grandes transformações, não só culturais, naquele momento (por exemplo, quando se examinam os argumentos decisivos feitos a este respeito por Max Weber).

Ricardo Maurício Freire Soares logra reconstruir os pontos essenciais da teoria hermenêutica de Gadamer, debruçando-se, entre outras coisas, na consideração decisiva sobre a distância entre o horizonte histórico do intérprete e o objeto interpretado, para, em seguida, apreciar a posterior transformação do pensamento de Paul Ricoeur, a fim de encontrar um possível ponto de encontro entre as novas instâncias da compreensão e aquelas tradicionalmente reconhecidas e aceitas da explicação. Segundo o autor da presente obra, abandonando o primado da subjetividade e o idealismo de Husserl, assumindo a pertença participativa como pré-condição de todo esforço interpretativo - (Heidegger e Gadamer), Ricoeur desenvolve suas concepções teóricas, sem esquecer os precursores da teoria geral da interpretação (Schleiermacher e Dilthey).

Finalmente, o autor evoca, muito adequadamente, algumas considerações de Jürgen Habermas sobre o problema da interpretação, concluindo, assim, esta reconstrução histórica importante em torno do significado e papel da hermenêutica como uma renovada possibilidade de realizar uma interpretação mais profunda do direito e de suas aplicações mais específicas. Trata-se, certamente, de um dos pontos

fortes do trabalho de Ricardo Maurício Freire Soares, onde a reflexão histórico-filosófica, nesta perspectiva agora ligada a um novo desdobramento da teoria hermenêutica, funda-se, sabiamente, na premissa (e, em muitos aspectos, no verdadeiro e próprio fundamento) de que qualquer possibilidade de entendimento, no seu significado mais amplo e em seu significado mais autêntico, do direito liga-se, inelutavelmente, à constituição essencialmente histórica e cultural do fenômeno jurídico, antes mesmo de sua dimensão simplesmente teórica e normativa.

Com base nessa perspectiva, Ricardo Maurício Freire Soares avança para uma consideração mais específica do direito desenvolvido na modernidade e na pós-modernidade, seguindo para examinar temáticas específicas e de relevante atualidade, sem deixar de referir as novas legislações brasileiras, tendo o cuidado de apresentar uma casuística jurisprudencial, com diversos exemplos de tipologia hermenêutico-jurídica (a histórica, a sistemática, a extensiva e assim por diante). Em última análise, trata-se de um texto que tem o mérito e a capacidade de combinar a análise de problemas teóricos e específicos do direito com considerações históricas e filosóficas mais amplas, ressaltando o sentido e o tempo histórico do direito como uma área relevante de manifestação cultural, mesmo antes da simples regulação da vida prática dos diferentes contextos sociais, algo próprio do ser humano, agora entendido no mais autêntico e complexo sentido de expressão.

Catânia - Itália, junho de 2016

Giancarlo Magnano San Lio

Professor de História da Filosofia, Diretor do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Catânia.

PARTE I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

1. Hermenêutica e Interpretação

As origens da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, bem como no substantivo *hermeneia*, a designar interpretação. Uma investigação etimológica destas duas palavras e das orientações significativas básicas que elas veiculavam no seu antigo uso esclarece consideravelmente a natureza da interpretação em teologia, literatura e direito, servindo no atual contexto de introdução válida para a compreensão da hermenêutica moderna.

Destaca que a palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia* remetem à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes. Esta figura mítica era, na visão da antiguidade ocidental, responsável pela mediação entre os Deuses e os homens. Hermes, a quem se atribui a descoberta da escrita, atuava como um mensageiro, unindo a esfera divino-transcendental e a civilização humana.

Hermes traz a mensagem do destino. *Hermeneuein* é esse descobrir de qualquer coisa que traz a mensagem, na medida em que o que se mostra pode tornar-se mensagem. Assim, levada à sua raiz grega mais antiga, a origem das atuais palavras, hermenêutica e hermenêutico, sugere o processo de tornar compreensíveis, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem.

A etimologia registra ainda que a palavra interpretação provém do termo latino *interpretare* (*inter-penetrare*), significando penetrar mais para dentro. Isto se deve à prática religiosa de feiticeiros e adivinhos, os

quais introduziam suas mãos nas entranhas de animais mortos, a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para os problemas humanos.

Decerto, não há como negar a compatibilidade da referida metáfora de Hermes quando constatamos o objeto mesmo das especulações suscitadas pela hermenêutica: a interpretação. É que o intérprete, nos variegados planos da apreensão cognitiva, atua verdadeiramente como um intermediário na relação estabelecida entre o autor de uma obra e a comunidade humana.

A hermenêutica é, seguramente, um tema essencial para o conhecimento. Tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. Como o mundo vem à consciência pela palavra, e a linguagem é já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da própria vida humana.

Historicamente, a hermenêutica penetrou, de forma gradativa, no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo, com o advento da modernidade, diversos significados. Neste sentido, Palmer (1999, p. 43-44) assinala que o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica da *geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e inconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos. Cada definição representa essencialmente um ponto de vista a partir do qual a hermenêutica é encarada; cada uma esclarece aspectos diferentes, mas igualmente legítimos

do ato da interpretação, especialmente da interpretação de textos. O próprio conteúdo da hermenêutica tende a ser remodelado com estas mudanças de perspectiva.

Buscando uma síntese das definições expostas, o vocábulo, hermenêutica, será utilizado, no presente trabalho, para designar um saber que procura problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e o escopo da interpretação humana, nos planos artístico, literário e jurídico. Por sua vez, a prática interpretativa indicará uma espécie de compreensão dos fenômenos culturais, que se manifestam através da mediação comunicativa estabelecida entre uma dada obra – como, por exemplo, o sistema jurídico – e a comunidade humana.

2. Raízes Filosóficas da Hermenêutica Jurídica

A investigação dos fundamentos filosóficos da hermenêutica se justifica, especialmente no campo jurídico. Isto porque o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela insuficiente para o desiderato da interpretação do direito. Enquanto instrumental para a exegese de textos, o saber hermenêutico é reduzido, nesta perspectiva, a um caleidoscópio intricado de ferramentas teóricas, com vistas à descoberta de uma verdade previamente existente.

Ao revés, torna-se necessário um novo tratamento paradigmático, porque, mais amplo, capaz de radicar em novas bases a interpretação jurídica. Trata-se da hermenêutica filosófica, uma proposta de reunir os problemas gerais da compreensão no tratamento das práticas interpretativas do direito.

Neste sentido, afigura-se oportuna a lição de Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 233), ao sustentar que, no ambiente jurídico, a hermenêutica técnica mais tem servido de abrigo metodológico para os que acreditam ser a interpretação uma atividade neutra e científica, na qual outros universos de sentido, como o dos valores, dos interesses e da subjetividade, não exercem ingerência alguma. Discutir a hermenêutica filosófica, como um novo paradigma cognitivo para saber, e a prática jurídica envolvem a reformulação preliminar daquele território metodológico, no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do direito. A concepção hermenêutica sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais

historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o direito como um, entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral.

Sendo assim, dando vazão a esta hermenêutica filosófica, cumpre mapear as referências teóricas mais importantes para o delineamento do saber hermenêutico, especialmente, a partir da Idade Moderna.

Com efeito, após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a Idade Média pelas interpretações Agostiniana e Tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza filológica. Nos albores do mundo moderno, a hermenêutica volta-se para a sistematização de técnicas de leitura, as quais serviriam à compreensão de obras clássicas e religiosas. As operações filológicas de interpretação desenvolvem-se em face de regras rigorosamente determinadas: explicações lexicais, retificações gramaticais e crítica dos erros dos copistas. O horizonte hermenêutico é o da restituição de um texto, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido. Numa tal perspectiva, o sentido é menos para construir do que para reencontrar, como uma verdade que o tempo teria encoberto.

* * *

A hermenêutica penetra, então, no campo dos saberes humanos. No início do século XIX, com o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher, assiste-se a uma generalização do uso da hermenêutica. Schleiermacher é considerado o pai da moderna hermenêutica, de tal modo que as teorias hermenêuticas mais importantes na Alemanha do século XIX trazem as suas marcas.

Ao afirmar, em célebre conferência proferida em 1819, que a hermenêutica como arte da compreensão não existe como uma área geral, mas apenas como uma pluralidade de hermenêuticas especializadas, Schleiermacher justificou o seu objetivo fundamental de construir uma hermenêutica geral como arte da compreensão, que pudesse servir de base e de centro a toda a hermenêutica especial.

Em Schleiermacher (1999, p. 5), a hermenêutica está relacionada com o ser humano concreto, existente e atuante no processo de compreensão do diálogo. A hermenêutica transforma-se verdadeiramente numa arte da compreensão. Embora conservando os seus laços privilegiados com os estudos bíblicos e clássicos, a hermenêutica passa a abarcar todos os setores da expressão humana. A atenção está cada vez mais orientada não apenas para o texto, mas, sobretudo, para o seu autor. A leitura de um texto implica, assim, em dialogar com um autor e esforçar-se por reencontrar a sua intenção originária.

Para tanto, como se depreende dos escritos de Schleiermacher, seria necessário abandonar a literalidade da interpretação gramatical em prol do que ele denominou interpretação psicológica. Caberia, assim, ao intérprete mapear as circunstâncias concretas que influenciaram a elaboração do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência.

Segundo o autor, psicologizar refere-se ao esforço de ir para além da expressão linguística, procurando as intenções e os processos mentais do seu autor. Considera, pois, o problema interpretativo como inseparável da arte da compreensão, naquele que ouve. Só esta argumentação ajudaria a ultrapassar a ilusão de

que o texto tem um significado independente e real, separável do evento que é compreendê-lo.

Com o advento Schleiermacher, a hermenêutica deixa de ser vista como um tema disciplinar específico do âmbito da teologia, da literatura ou do direito, passando a ser concebida como a arte de compreender uma expressão linguística. A estrutura da frase e o contexto significativo são os seus guias, constituindo os sistemas de interpretação de uma hermenêutica geral. Schleiermacher ultrapassou, assim, decisivamente a visão da hermenêutica como um conjunto de métodos acumulados por tentativas e erros, sustentando a legitimidade de uma arte geral da compreensão anterior a qualquer arte especial de interpretação.

* * *

É, entretanto, com a obra do filósofo Wilhelm Dilthey, que a hermenêutica adquire o estatuto de um modo de conhecimento da vida humana, especialmente apto para apreender a cultura, irredutível em si mesma aos fenômenos naturais. Depois da morte de Schleiermacher em 1834, o projeto de desenvolver uma hermenêutica geral esmoreceu, perto do final do século XIX, quando o filósofo e historiador literário Wilhelm Dilthey começou a vislumbrar na hermenêutica o fundamento para as *Geisteswinssenschaften*. A experiência concreta, histórica e viva passa a ser o ponto de partida e o ponto de chegada do conhecimento humano.

Conforme elucida Palmer (1999, p. 127), Dilthey propõe o desmantelamento do eu transcendental dos idealistas alemães, valorizando a experiência humana no processo hermenêutico. Situa, pois, a tarefa interpretativa no plano histórico, propondo a explicação e a compreensão, respectivamente, como modos de cognição da natureza e da realidade sociocultural. O projeto de formular uma metodologia adequada às

ciências que se centram na compreensão das expressões humanas – sociais e artísticas – é primeiramente encarado por Dilthey no contexto de uma necessidade de abandonar a perspectiva reducionista e mecanicista das ciências naturais, e de encontrar uma abordagem adequada à plenitude dos fenômenos.

Segundo ele, os novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos tinham que derivar das características da própria experiência vivida, baseando-se nas categorias de sentido e não nas categorias de poder, nas categorias de história e não das matemáticas. A diferença entre os estudos humanísticos e as ciências naturais não está necessariamente nem num tipo de objeto diferente que os estudos humanísticos possam ter, nem num tipo diferente de percepção; a diferença essencial está no contexto dentro do qual o objeto é compreendido.

Com efeito, Dilthey acreditava que compreensão era a palavra-chave para os estudos humanísticos. A compreensão não é um mero ato de pensamento, mas uma transposição e uma nova experiência do mundo tal como o captamos na experiência vivida. Não é um ato de comparação consciente e reflexivo, é antes a operação de um pensar silencioso que efetua a transposição pré-reflexiva de uma pessoa para outra. A compreensão tem valor em si mesma, para além de quaisquer considerações práticas. Os estudos humanísticos se debruçam amorosamente sobre o particular. As explicações científicas raramente são valorizadas em si mesmas, mas, sim, devido a qualquer outra coisa.

As consequências hermenêuticas da historicidade são evidentes em todo o pensamento de Dilthey. Na teoria hermenêutica, o homem é visto na sua dependência relativamente a uma interpretação constante do

passado, que se compreende a si próprio, em termos de interpretação de uma herança e de um mundo partilhados, que o passado lhes transmite, uma herança constantemente presente e ativante em todas as suas ações e decisões. A moderna hermenêutica encontra a sua fundamentação teórica na historicidade.

Nesse sentido, o texto, enquanto objeto hermenêutico, figura como a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico. A prática interpretativa deve restituir, por assim dizer, a intenção que guiou o agente no momento da tomada de decisão, permitindo alcançar o significado da conduta humana. A riqueza da experiência humana possibilita ao hermeneuta internalizar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior e, portanto, compreendê-la.

O contributo de Dilthey foi alargar o horizonte da hermenêutica, colocando-o no contexto da interpretação dos estudos humanísticos. Concebeu, assim, uma interpretação centrada na expressão da experiência vivida. Isto satisfez dois objetivos básicos em Dilthey: primeiramente focar o problema da interpretação num objeto com um estatuto fixo, duradouro e objetivo; segundo, o objeto apelava claramente para modos históricos de compreensão, mais do que para modos científicos, só podendo compreender-se por uma referência à própria vida, em toda a sua historicidade e temporalidade.

* * *

Nos albores do século XX, firma-se uma hermenêutica radicada na existência. Merece registro a contribuição existencialista de Martin Heidegger.

Deveras, Heidegger (1997, p. 11) opera duas rupturas em relação à concepção preconizada por Dilthey. A hermenêutica não é inserida no quadro gnosiológico,

como um problema de metodologia das ciências humanas. Não se trata, como em Dilthey, de opor o ato de compreensão, próprio das ciências humanas, ao caminho da explicação, via metodológica das ciências naturais. A compreensão passa a ser visualizada não como um ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isso sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico.

Por isso mesmo, o ser não somente não pode ser definido, como também nunca se deixa determinar em seu sentido por outra coisa, nem como outra coisa. O ser é algo derradeiro e último que subsiste por seu sentido. Trata-se de algo autônomo e independente que se dá em seu sentido. O ser não se deixa apreender ou determinar nem por via direta nem por desvios, nem por outra coisa, nem como outra coisa. Ao contrário, exige e impõe que nos contentemos com o tempo de seu sentido e nos liames com todas as realizações a partir de seu nada, isto é, a partir de seu retraimento e de sua ausência.

Com efeito, pensar é o modo de ser do homem, no sentido da dinâmica de articulação de sua existência. Pensando, o homem é ele mesmo, sendo outro. Pensar o sentido do ser é escutar as realizações, deixando-se dizer para si mesmo o que é digno de ser pensado como o outro. O pensamento do ser no tempo das realizações é inseparável das falas e das línguas da linguagem.

A partir de Heidegger, a indagação hermenêutica considera menos a relação do intérprete com o outro do que a relação que o hermeneuta estabelece com a sua própria situação no mundo. O horizonte da compreensão é a apreensão e o esclarecimento de uma dimensão primordial, que precede a distinção sujeito/objeto: a do

ser-no-mundo. O homem só se realiza imerso numa realidade que o envolve e do qual ele faz parte. É essa condição existencial que caracteriza originariamente o ser-no-mundo. O ser-no-mundo, contudo, não quer dizer que o homem se acha no meio da natureza, ao lado de árvores, animais, coisas e outros homens. Em verdade, o ser-no-mundo não é nem um fato, nem tampouco uma necessidade no nível concreto do mundo real. O ser-no-mundo é uma estrutura de realização. Por sua dinâmica, o homem está sempre superando os limites entre o interior de sua subjetividade e o mundo exterior.

Sendo assim, na visão de Heidegger, o enfoque de toda a Filosofia reside no ser-aí, vale dizer, no ser-no-mundo, ao contrário dos julgamentos definitivos acerca das coisas-no-ser ou coisas-lá-fora. A pedra angular de seu monumento teórico é o conceito de Dasein, ou seja, a realidade que tem a ver com a natureza do próprio ser. Heidegger rompe, assim, o dualismo sujeito-objeto em favor de um fenômeno unitário capaz de contemplar o eu e o mundo, conciliando as diversas dimensões da temporalidade humana – passado (sido), presente (sendo) e futuro (será) – como momentos que integram a própria experiência hermenêutica.

* * *

Posteriormente, emerge um novo paradigma hermenêutico, que conforma a atividade interpretativa como situação humana. Desponta a obra de Hans Georg Gadamer, para quem a interpretação, antes de ser um método, é a expressão de uma situação do homem.

Para Gadamer (1997, p. 10), o hermeneuta, ao interpretar um objeto, está já situado no horizonte aberto pela obra, o que ele denomina círculo hermenêutico. A interpretação é, sobretudo, a elucidação da relação que o intérprete estabelece com a tradição de que provém, pois, na exegese de textos

literários, o significado não aguarda ser desvendado pelo intérprete, mas é produzido no diálogo estabelecido entre o hermeneuta e a obra.

Ao procurarmos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos de uma história concreta. A iluminação dessa situação não pode ser plenamente realizada em face da essência mesma do ser histórico que somos. Logo, devemos tentar nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo. Da mesma forma, devemos tentar nos deslocar para a situação do passado para ter assim seu horizonte histórico. O ato de compreender é sempre uma fusão de horizontes.

Sendo assim, compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo sobre a coisa. Compreender não é deslocar-se para dentro do outro, reproduzindo suas vivências. A compreensão encerra sempre um momento de aplicação e todo esse processo é um processo linguístico. A verdadeira problemática da compreensão pertence tradicionalmente ao âmbito da gramática e da retórica. A linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o consequente entendimento sobre a coisa, sendo a conversação hermenêutica um processo pelo qual se procura chegar a um acordo.

Pode-se falar numa conversação hermenêutica, pois o texto traz um tema à fala, mas quem o consegue é, em última análise, o desempenho do intérprete. O horizonte do intérprete é determinante para a compreensão do texto. A fusão de horizontes pode ser compreendida como a forma de realização da conversação. A natureza dialógica da compreensão possibilita a realização da consciência histórica.

Na tradição escrita, o fenômeno linguístico adquire seu pleno significado hermenêutico. Nela se dá uma

coexistência de passado e presente única em seu gênero, pois a consciência presente tem a possibilidade de um acesso livre a tudo quanto fora transmitido por escrito. A consciência que compreende pode deslocar e ampliar seu horizonte, enriquecendo seu próprio mundo com toda uma nova dimensão de profundidade.

Sendo assim, o significado emerge à medida que o texto e o intérprete envolvem-se na dialética de um permanente diálogo, norteado pela compreensão prévia que o sujeito cognoscente já possui do objeto – a chamada pré-compreensão. É esta interação hermenêutica que permite ao intérprete mergulhar no oceano linguístico do objeto hermenêutico, aproveitando-se da abertura interpretativa de uma dada obra.

* * *

Como síntese da evolução das ideias anteriores, desenvolve-se a fundamentação hermenêutica de Paul Ricoeur. O notável pensador adota uma posição conciliadora em face da dicotomia diltheyana entre compreensão e explicação.

Com efeito, Ricoeur (1989, p. 8) torna a referida dicotomia complementar através da consideração do fenômeno humano como intermédio simultaneamente estruturante (o intencional e o possível) e estruturado (o involuntário e o explicável), articulando a pertença ontológica e a distanciação metodológica.

A constituição da hermenêutica enquanto saber autônomo é um dos seus temas fulcrais. Abandonando o primado da subjetividade e o idealismo de Husserl, assumindo a pertença participativa como pré-condição de todo esforço interpretativo (Heidegger e Gadamer), Ricoeur desenvolve suas concepções teóricas, sem

esquecer os precursores da teoria geral da interpretação (Schleiermacher e Dilthey).

Procura-se, assim, consolidar um modelo dialético que enlace a verdade como desvelamento (ontologia da compreensão) e a exigência crítica representada pelos métodos rigorosos das ciências humanas (necessidade de uma explicação). Deste modo, o escopo da interpretação será reconstruir o duplo trabalho do texto através do círculo ou arco hermenêutico: no âmbito da dinâmica interna que preside à estruturação da obra (sentido) e no plano do poder que tem esta obra para se projetar fora de si mesma, gerando um mundo (a referência).

Com a interpretação de um texto, segundo Ricoeur, abre-se um mundo, ou melhor, novas dimensões do nosso ser-no-mundo, porquanto a linguagem mais do que descrever a realidade, revela um novo horizonte para a experiência humana.

De acordo com Ricoeur, porque a hermenêutica tem a ver com textos simbólicos de múltiplos significados, os discursos textuais podem configurar uma unidade semântica que tem – como os mitos – um sentido mais profundo. A hermenêutica seria o sistema pelo qual o significado se revelaria, para além do conteúdo manifesto. O desafio hermenêutico seria tematizar reflexivamente a realidade que está por detrás da linguagem humana.

Deste modo, é possível afirmar que cada uma destas definições reflete mais do que um estágio histórico do saber hermenêutico, indicando abordagens relevantes para o problema da interpretação. Ideias como a recusa à literalidade textual, a historicidade, a abertura aos valores, a dialogicidade e o horizonte linguístico estão umbilicalmente ligadas à hermenêutica jurídica e ao exercício da interpretação do direito.

* * *

A desconfiança que pesa sobre as reivindicações de verdade contidas na obra de um autor ou na tradição adotada por uma determinada pessoa é a marca da hermenêutica crítica de Jürgen Habermas.

Esta hermenêutica crítica procura as causas da compreensão e da comunicação distorcidas que atuam a coberto de uma interação aparentemente normal. O compromisso prático com a verdade histórica e com um futuro melhor coloca a hermenêutica crítica em contato com a filosofia hermenêutica.

Ao procurar-se o conhecimento prático relevante, registra-se uma mediação entre o objeto e os motivos do próprio intérprete, norteada pela antecipação projetiva do aparecimento das condições materiais conducentes ao reconhecimento pessoal dos agentes sociais.

Sintetizando os processos explicativos interpretativos, espera-se que seja possível demonstrar aos agentes sociais a razão de pensarem o que pensam, de poderem estar errados e de confundirem o que poderia ser corrigido. Como modelo para esta tarefa, Habermas vale-se da psicanálise, já que é aqui que a distorção do sentido é interpretada em face de toda a história da vida de um paciente e em referência a um sistema teórico que pode servir para explicar o aparecimento de doenças específicas. A hermenêutica reveste a forma de uma explicação da gênese e validade dos artefatos humanos.

Segundo Josef Bleicher (1980, p. 155), como ciência social dialética, a hermenêutica crítica de Habermas procura ligar a objetividade dos processos históricos aos motivos dos que neles atuam. Objetivando a libertação do potencial emancipador, isto é, as intenções dos agentes que foram esquecidos ou reprimidos, Habermas

recorre à psicanálise como modelo de uma ciência social dialético-hermenêutica com intuito libertário.

Ademais, Habermas introduz o pensamento hermenêutico na metodologia das ciências sociais, a fim de demonstrar as deficiências das atuais abordagens interpretativas.

Na disputa que, no essencial, se registrou entre Gadamer e Habermas, algumas das principais bases da filosofia hermenêutica foram aceitas por ambas as partes; as suas diferenças incidiram, em particular, sobre, por um lado, as implicações da natureza da pré-estrutura da compreensão e, aqui, em especial sobre a situação da linguagem como o seu fundamento último, e, por outro, sobre a justificabilidade da posição crítica desenvolvida por Habermas em face do sentido imposto pela tradição.

Em Habermas, a expressão hermenêutica fusão de horizontes serve, simultaneamente, para legitimar um componente crítico na compreensão do sentido subjetivamente visado, em virtude da necessidade de rever constantemente os preconceitos iniciais, ligados a um certo assunto que se caracteriza pela sua capacidade de oferecer diferentes definições e aceitar ou rejeitar a nossa interpretação. A crítica, sob a forma de uma correção, constitui um elemento integral no processo de compreensão dialética.

Uma estrutura discursiva mais adequada para a interpretação do sentido referir-se-ia, segundo Habermas, aos sistemas de trabalho e poder que, em conjunção com a linguagem, constituem o contexto objetivo a partir do qual têm de ser entendidas as ações sociais.

Para Habermas, a verdade é alcançada consensualmente através de uma dialética discursiva

em que os falantes estejam submetidos a algumas regras que garantam certa isonomia, sem pressões alheias, numa atmosfera que classifica como situação de discurso ideal. Dentro deste ponto de vista a verdade não se estabelece ontologicamente, mas, isto sim, consensualmente dentro de regras discursivas para que se atinja um critério válido de correção.

Não é outro o entendimento de Jürgen Habermas (1997, p. 145), para quem uma compreensão exclusivamente instrumental ou estratégica da racionalidade é, de algum modo, inadequada. Situa Habermas a ciência em face da pluralidade de interesses humanos, tais como a dominação da natureza, pela reprodução material da espécie, e o desenvolvimento da intersubjetividade, mediante o uso da linguagem que preside a ordenação da vida social e cultural.

Ao propor uma reconstrução racional da interação linguística, sustenta Habermas que a ação comunicativa permite que os atores sociais movimentem-se, simultaneamente, em variadas dimensões, pois, através da competência comunicativa, os indivíduos fazem afirmações sobre fatos da natureza, julgam os padrões de comportamento social e exprimem os seus sentimentos pessoais. Com a racionalidade comunicativa, criam-se, portanto, as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.

3. A Singularidade da Interpretação do Direito

No campo da hermenêutica jurídica, uma das tarefas mais importantes a ser desenvolvida consiste na delimitação dos caracteres da interpretação do direito, de modo a apurar seus aspectos singulares.

Ilustrativa é a contribuição de Emilio Betti, para quem o processo interpretativo é uma tríade: o espírito vivente e pensante do intérprete, uma espiritualidade que se encontra objetivada em uma forma representativa e a própria forma representativa. A interpretação é um reconstruir um espírito que, através da forma de representação, fala ao espírito do intérprete, como fenômeno inverso do processo criativo. A hermenêutica vem a constituir uma teoria geral das ciências do espírito, que corresponde com aquela outra teoria da ciência de uma consciente reflexão gnosiológica. Uma espécie de superciência da interpretação.

Emilio Betti (1956, p. 44) faz uma relevante distinção entre dois tipos de interpretação: a histórica e a jurídica. Para ele, a primeira trata de integrar coerentemente a forma representativa com o pensamento que expressa. Na interpretação jurídica, dá-se um passo à frente, pois a norma não se esgota em sua primeira formulação, tem vigor atual em relação com o ordenamento de que forma parte integrante e está destinada a permanecer e a transformar a vida social.

Com efeito, o jurista deve considerar o ordenamento jurídico dinamicamente, como uma viva e operante concatenação produtiva, como um organismo em perene movimento que, imerso no mundo atual, é capaz de autointegrar-se, segundo um desenho atual de

coerência, de acordo com as mutáveis circunstâncias da sociedade.

A interpretação não deve limitar-se em um reconhecimento meramente contemplativo do significado próprio da norma considerada em sua abstração e generalidade. A tarefa de interpretar que afeta ao jurista não se esgota com o voltar a conhecer uma manifestação do pensamento, mas busca também integrar a realidade social em relação com a ordem e a composição preventiva dos conflitos de interesses previsíveis.

Sendo assim, a interpretação jurídica, como toda interpretação, contém um momento cognoscitivo e uma função normativa, consistente em obter máximas de decisão e ação prática, visto que a interpretação mantém a vida da lei e das outras fontes do direito.

Segundo Betti (1956, p. 51), existiriam três funções no processo interpretativo. Uma primeira, a qual denominou histórica – com função meramente cognoscitiva, já que apenas supervisiona o pensamento pertencente ao passado (interpretação filológica e histórica) –; uma segunda, a normativa – visa extrair máximas orientadoras para uma decisão (jurídica, teológica, psicotípica) – e a reprodutiva ou representativa, que procura substituir uma forma representativa equivalente, como ocorre na tradução ou dicção de outra língua (interpretação dramática e musical).

Nesse contexto, a interpretação jurídica se põe em relação, de um lado, com a interpretação do jurista com finalidade teórica, histórica ou comparativa – pela qual entra em uma das figuras de interpretação meramente recognoscitiva –, e de outro, a interpretação com finalidade prática em função normativa da conduta que se espera frente a um direito em vigor, em vista a sua aplicação.

Decerto, constitui-se uma ilusão acreditar que a disciplina codificada não apresenta lacunas e que seja direito vivo e vigente tudo o que está escrito no Código, sendo também um grave erro crer que é possível imobilizar o direito e paralisar seu dinamismo com o formalismo na aplicação abstrata da lei.

Sendo assim, a interpretação que interessa ao direito é uma atividade dirigida a reconhecer e a reconstruir o significado que há de atribuir a forma representativa do jurídico, com base numa estrutura de valorações.

4. Interpretação do Direito: Uma Atividade de Compreensão

O mundo jurídico pode ser vislumbrado como uma grande rede de interpretações. Os profissionais do direito estão, a todo momento, interpretando a ordem jurídica.

Como sustenta Wróblewski (1988, p. 17), “la interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico-prático se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las regras legales. En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada interpretación doctrinal se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos. Las regras legales se interpretan también en la actividad legislativa cuando el legislador tiene que determinar el significado de un texto legal ya existente y cuando considera las posibles interpretaciones que, en situaciones futuras, puedan tener las regras que él va a promulgar”.

Diante da profusão de sentidos da ordem jurídica, reflexo de uma dada cultura humana, a interpretação do direito opera uma verdadeira compreensão, desenvolvendo-se numa dimensão axiológica.

Com efeito, a própria evolução do saber hermenêutico vem tornando patente a diversidade dos estilos de conhecimento dos objetos naturais e culturais. Compreensão e explicação são os modos cognitivos dos objetos reais. No tocante aos objetos culturais, compreende-se, num conhecimento mais íntimo, porque é possível ter a vivência de revivê-los. Compreender um

fenômeno, por sua vez, significa envolvê-lo na totalidade de seus fins, em suas conexões de sentido. Ao contrário, os objetos naturais, por não consubstanciarem um sentido humano, somente permitem a explicação, o que se obtém referindo tais fenômenos a uma causa. Explicar seria descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém, sendo que, nas ciências naturais, a explicação pode ser vista, genericamente, como objetiva, neutra e refratária ao mundo dos valores.

Disso resulta que, quando explicamos algo, descrevemos ontologicamente o objeto de análise, ao passo que, na atividade de compreender, torna-se imprescindível a existência de uma contribuição positiva do sujeito, o qual realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística.

As ordens sociais, inclusive a jurídica, são objetos da cultura humana, constituindo realidades significativas que devem ser corretamente interpretadas.

Neste sentido, leciona Saldanha (1988, p. 244) que, constituindo uma estrutura onde entram valores (ou valorações), toda ordem porta significações. Se por um lado, a ordem existe na medida em que é cumprida ou seguida, é evidente que seu cumprimento confirma suas significações. Toda atividade interpretativa tem de visar, na ordem, aquilo que é compreensível, isto é, inteligível em sentido concreto. As significações se comprovam ao serem confirmadas no plano concreto. Destarte, pode-se dizer que um sistema (econômico, político, jurídico) constitui uma ordem, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto.

Para a apreensão da ordem jurídica, como a de qualquer outra objetivação do espírito humano, exige-se a utilização de um método adequado, de natureza

empírico-dialética, constituído pelo ato gnosiológico da compreensão.

Conforme assinala Machado Neto (1975, p. 11), o ato gnosiológico da compreensão se realiza através de um método empírico-dialético, pois, segundo ele, “es, también, obra de Cossio ese complemento esencial de la epistemología de la comprensión al descubrir que ésta se da mediante un método que es empírico-dialéctico. Empírico, porque se trata de hechos, ya que los objetos culturales son reales espaciotemporales, como ya vimos, y el modo de topar con ellos es un modo empírico, perceptivo, ya que el substrato lo percibimos con intuición sensible, viendo, oyendo, oliendo, gustando, palpando... Y dialéctico porque la comprensión se da en un trabajo dialéctico, algo así como un diálogo que el espíritu emprende entre el substrato y el sentido, para comprender el sentido en su substrato y el substrato por su sentido”.

Desta forma, os significados do ordenamento jurídico, assim como o de todo objeto cultural, revelam-se num processo dialético entre o seu substrato e a sua vivência espiritual. Esse ir e vir dialético manifesta-se através do confronto entre o texto normativo e a realidade normada, mediante um processo aberto a novos significados.

Também a hermenêutica jurídica assim se processa. Ao interpretar um comportamento, no plano da intersubjetividade humana, o hermeneuta irá referi-lo à norma jurídica, o comportamento figurando como substrato e a norma como o sentido jurídico de faculdade, prestação, ilícito ou sanção. Como este significado jurídico é coparticipado pelos atores sociais, o intérprete do direito atua como verdadeiro porta-voz do entendimento societário, à proporção que exterioriza os valores fundantes de uma comunidade jurídica.

5. Interpretação do Direito e a Polissemia da Linguagem Humana

Qualquer indagação sobre a hermenêutica, a interpretação e a correlata decisão jurídica passa, inelutavelmente, pelo estudo das relações comunicativas em sociedade e pela investigação do papel desempenhado pela linguagem, nos quadros da existência humana. Isto porque, todo objeto hermenêutico é uma mensagem promanada de um emissor para um conjunto de receptores ou destinatários.

Tratando das relações entre a linguagem e os saberes, destaca Ricardo Guibourg (1996, p. 18) que “para indagar acerca del conocimiento científico y de los métodos con que opera la ciencia debemos comenzar, entonces, por establecer con cierta precisión qué es un lenguaje y cuál es la relación entre el lenguaje de las distintas formas de comunicación y el lenguaje científico”.

Despontou, assim, no cenário intelectual, uma plêiade de ilustres pensadores voltados para a pesquisa dos problemas da linguagem cotidiana e científica. Na transição do século XIX ao século XX, foram lançadas as bases para uma nova espécie de saber – a semiótica – incumbida de problematizar a linguagem. Nos Estados Unidos, destacam-se os estudos de Charles Sanders Peirce, preocupado com o amparo linguístico às ciências aplicadas. Na Europa, aparece a contribuição estruturalista de Ferdinand Saussure, sublinhando a linguagem como uma convenção social. Merece registro também a figura de Ludwig Wittgenstein, com a investigação dos jogos de linguagem. Trabalhos

posteriores relacionam a semiótica com outras ciências sociais, tais como a Antropologia (Claude Lévi-Strauss), a Psicologia (Jacques Lacan) e a Literatura (Roland Barthes).

Com efeito, o termo “semiótica”, oriundo do grego “semeion”, passou a referir uma teoria geral dos signos linguísticos. Neste sentido, refere Marilena Chauí (1995, p.141) que, como os elementos que formam a totalidade linguística são um tipo especial de objetos, os signos, ou objetos que indicam outros, designam outros ou representam outros. Por exemplo, a fumaça é um signo ou sinal de fogo, a cicatriz é signo ou sinal de uma ferida, manchas da pele de um determinado formato, tamanho e cor são signos de sarampo ou de catapora. No caso da linguagem, os signos são palavras e os componentes das palavras (sons ou letras). Neste sentido, a linguagem se afigura como um sistema de signos usados para indicar objetos, promover a comunicação entre atores sociais e expressar ideias, valores e padrões de conduta.

Atentando para as conexões entre o fenômeno jurídico e a linguagem, leciona Edvaldo Brito (1993, p. 16) que a realidade do direito é, em si, linguagem, uma vez que se expressa por proposições prescritivas no ato intelectual em que a fonte normativa afirma ou nega algo ao pensar a conduta humana em sua interferência intersubjetiva; bem assim, é linguagem, uma vez que, para falar dessas proposições, outras são enunciadas mediante formas descritivas. É, ainda, linguagem, porque há um discurso típico recheado de elementos que constituem o repertório específico que caracteriza o comportamental da fonte que emite a mensagem normativa e de organização que se incumbe de tipificar na sua *facti specie* a conduta dos demais destinatários (receptores

da mensagem) quando na sua interferência intersubjetiva.

Por força do exposto, o referencial linguístico é indispensável para o desenvolvimento dos processos decisórios. Especialmente no sistema romano-germânico, em que se valoriza o *jus scriptum*, a ordem jurídica se manifesta através de textos, que conformam enunciados linguísticos. Sucede que, a plurivocidade é uma nota característica da comunicação humana, defluindo das palavras inúmeros significados. Dentre os sentidos possíveis do texto jurídico, o intérprete haverá de eleger a significação normativa mais adequada para as peculiaridades fáticas e valorativas de uma dada situação social.

A prática decisória desemboca na concretização dos enunciados linguísticos inscritos no sistema jurídico, com o que o hermeneuta opera a mediação entre o direito positivo e a realidade circundante, manifestando-se o significado da norma jurídica. Todo modelo normativo comporta sentidos, mas o significado não constitui um dado prévio – é o próprio resultado da tarefa interpretativa. O significado da norma é produzido pelo intérprete. As normas jurídicas nada dizem, somente passando a dizer algo quando são exprimidas pelo hermeneuta.

O reconhecimento do caráter linguístico está, pois, vinculado ao exercício da interpretação e decisão jurídicas. Conforme assinala Lenio Streck (2001, p. 255), o intérprete, deste modo, perceberá o “objeto” (jurídico) como (enquanto) algo, que, somente é apropriável linguisticamente. Já a compreensão deste “objeto” somente pode ser feita mediante as condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido, ou seja, esse algo somente pode ser compreendido como linguagem, a qual ele já tem e nela está mergulhado. A

linguagem não é, pois, um objeto, um instrumento, enfim, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante de um objeto, separado deste por “esta terceira coisa” que é a linguagem; na verdade, ele está desde sempre jogado na dimensão linguística deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte o sujeito e o objeto.

Partindo desta premissa, a semiótica geral e jurídica pretende, inicialmente, abordar a dialética entre a linguagem corrente (onomasiologia) e a linguagem técnico-científica (semasiologia). De acordo com sua origem, a linguagem pode ser natural ou corrente, quando formada espontaneamente pela evolução social, bem como, artificial ou técnico-científica, quando formalizada para a sistematização dos saberes humanos. A depender, portanto, da origem linguística, uma mesma palavra enseja significados diversos.

No campo semiótico, torna-se imprescindível perquirir a tridimensionalidade dos signos linguísticos, desenvolvendo as análises sintática, semântica e a pragmática do discurso.

A sintática, do grego *“syntaktikós”*, estuda as relações estruturais e a concatenação dos signos entre si. Os signos linguísticos não são utilizados ao acaso e de acordo com a conveniência do emissor, mas devem ser obedecidas as regras gramaticais convencionalmente estabelecidas para que seja possível não só ao emissor formular sua mensagem, como também, ao receptor apreender seu conteúdo. A análise sintática desmembra os elementos componentes de uma “frase”, examinando sua estrutura, dividindo “período” em “orações”, e estas nos seus termos essenciais, integrantes e acessórios. Assim, toda frase deve conter uma correta justaposição de vocábulos e uma perfeita congruência interna de palavras.

A seu turno, a semântica, do grego “semainô”, estuda a relação entre o signo e o objeto que ele refere. A semântica é, pois, o estudo das significações das palavras. A semântica encara a relação dos signos com os objetos extralinguísticos. Na análise semântica, o campo de estudo é o vínculo do signo com a realidade, destacando o significado correto dos signos, de modo a extrair a imprecisão natural dos termos. Estas imprecisões naturais podem estar relacionadas à denotação (vagueza) e à conotação (ambiguidade). As imprecisões denotativas denominam-se vaguezas. A vagueza se verifica quando ocorre dúvida acerca da inclusão ou não de um ou mais objetos dentro da classe A seu turno, a semântica, do grego “semainô”, estuda a relação entre o signo e o objeto que ele refere. A semântica é, pois, o estudo das significações das palavras. A semântica encara a relação dos signos com os objetos extralinguísticos. Na análise semântica, o campo de estudo é o vínculo do signo com a realidade, destacando o significado correto dos signos, de modo a extrair a imprecisão natural dos termos. Estas imprecisões naturais podem estar relacionadas à denotação (vagueza) e à conotação (ambiguidade). As imprecisões denotativas denominam-se vaguezas. A vagueza se verifica quando ocorre dúvida acerca da inclusão ou não de um ou mais objetos dentro da classe de objetos ao qual um determinado termo se aplica. As imprecisões conotativas são denominadas ambiguidades. A ambiguidade se verifica quando não é possível, desde logo, precisar quais são as propriedades em função das quais um termo deve ser aplicado a um determinado conjunto de objetos.

Por sua vez, a pragmática, cujo termo deriva da expressão grega “pragmatikós”, significa a relação existente entre os signos com os emissores e

destinatários. Com efeito, a pragmática ocupa-se da relação dos signos com os usuários, nos termos de uma linguística do diálogo, por tomar por suporte a intersubjetividade comunicativa. Deste modo, tanto as unidades sintáticas como o sentido do texto estão vinculados à situação de uso, sujeitando-se às variações temporais e espaciais de cada cultura humana. Sob o aspecto pragmático, interessam, portanto, os efeitos inter-racionais que o uso da linguagem produz entre os membros de uma comunidade linguística.

Sob o prisma ainda da semiótica jurídica, ao decodificar a linguagem estampada no modelo normativo, o intérprete opera verdadeira paráfrase. Decidir, neste sentido, consiste em remodelar o discurso do direito positivo.

Neste diapasão, afirma Tércio Sampaio (1994, p. 282) que, ao se utilizar de seus métodos, a hermenêutica identifica o sentido da norma, dizendo como ele deve ser (dever-ser ideal). Ao fazê-lo, porém, não cria um sinônimo para o símbolo normativo, mas realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação de um texto cujo resultado é um substituto mais persuasivo, pois exarado em termos mais convenientes. Assim, a paráfrase interpretativa não elimina o texto, pondo outro em seu lugar, mas o mantém de uma forma mais conveniente.

Como a ordem jurídica não fala por si só, o hermeneuta exterioriza os seus significados, através de uma atividade compreensiva e, pois, aberta aos valores comunitários. São estas pautas axiológicas que modulam a amplitude da paráfrase interpretativa, possibilitando ao intérprete a eleição do sentido normativo mais adequado e justo para as circunstâncias do caso concreto. Somente assim, a decisão garante a persuasão da comunidade jurídica e a correlata decidibilidade dos conflitos sociais.

Diante do exposto, interpretar é, do ponto de vista semiótico, descobrir o sentido e o alcance dos signos normativos, procurando a significação dos signos jurídicos. O operador do direito, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significante. Isto porque, a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças operadas na vida social.

Neste contexto, como toda obra, enquanto objeto hermenêutico, é uma mensagem promanada de um emissor para um conjunto de receptores ou destinatários, cabe ao intérprete do direito selecionar as possibilidades comunicativas, mormente quando se depara com a plurivocidade ou polissemia inerente às estruturas linguísticas da norma jurídica. Fixar um sentido, dentro do horizonte de significações possíveis, é a ingente tarefa do hermeneuta, a exigir um profundo conhecimento sobre a estrutura e os limites da linguagem através da qual se exprime o fenômeno jurídico.

Como bem refere Maria Helena Diniz (2005, p. 186-187), no campo da Ciência Jurídica, a instrumentalidade da Semiótica se robustece à medida que se constata muitos pontos de interface entre o direito e a linguagem. Considerando os postulados da Semiótica, a Ciência Jurídica encontra na linguagem sua possibilidade de existir, devido a várias razões: a) não pode produzir o seu objeto numa dimensão exterior à linguagem; b) onde não há rigor linguístico, não há ciência; c) sua linguagem fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala, por ter por objeto as proposições normativas (prescritivas), que, do ângulo linguístico, são enunciados expressos na linguagem do legislador; d) o elemento linguístico entra em questão como elemento de interpretação, porquanto as normas

jurídicas são mensagens que devem ser decodificadas pelo hermeneuta; e) se a linguagem legal for incompleta, deverá o jurista indicar os meios para completá-la, mediante o estudo dos mecanismos de integração; f) o elemento linguístico pode ser considerado como instrumento de construção científica, visto que se a linguagem não é ordenada, o jurista deve reduzi-la a um sistema.

Sendo assim, o fenômeno jurídico, por condição de existência, deve ser formulável numa linguagem, ante o postulado da alteridade. O direito elaborado pelo órgão competente é fator de controle social, visto que prescreve condutas (obrigadas, permitidas e proibidas), formulando a linguagem em que a norma se objetiva. O direito positivo oferta a linguagem-objeto, pois não fala sobre si. A linguagem legal é a utilizada pelos órgãos que têm poder normativo e inclui a linguagem normativa e não normativa, que consiste nas definições de expressões contidas em proposições normativas. A linguagem não normativa é a metalinguagem da linguagem normativa, contida na linguagem legal.

Como salienta Tércio Sampaio (1980, p. 102-103), a norma, do ângulo pragmático, é vislumbrada como um discurso decisório, que impede a continuidade de um embate de interesses, solucionando-o, pondo-lhe um fim. Neste discurso decisório, o editor controla as reações do endereçado. A norma contém um relato (a informação transmitida) e o cometimento (a informação sobre a informação). Os operadores normativos (obrigatório, proibido e permitido) têm uma dimensão sintática e pragmática, pelas quais não só é dado um caráter prescritivo ao discurso ao qualificar-se uma conduta qualquer, mas também lhe é dado um caráter meta-complementar ao qualificar a relação entre o emissor e o receptor.

Ademais, a ação linguística do jurista, na discussão-com, busca a adesão da outra parte, procurando convencê-la da veracidade de suas assertivas. O discurso científico do direito polariza uma relação entre oradores e ouvintes, tendo em vista a persuasão social. Nasce também de uma situação comunicativa indecisa, onde se misturam caracteres da discussão-com científica com elementos da discussão-contra, conglomerando atores homólogos com intenções partidárias, questões de pesquisa jurídica desinteressada e ponderações conflitivas que pedem uma decisão, através do Poder Judiciário.

Na redação de um texto científico-jurídico, o jurista expõe suas conclusões numa sequência de proposições descritivas, com o escopo de obter o convencimento. O leitor do texto, concentrando-se na sistemacidade textual, procurará apreendê-lo para enveredar no campo da ciência jurídica, atendo-se à verdade sobre o objeto em questão. Logo, o direito pode ser estudado como um sistema de signos linguísticos. Isto porque, o próprio conhecimento jurídico se estrutura através de uma linguagem (metalinguagem) ao buscar a sistematização e interpretação das fontes do direito, as quais são também exteriorizadas em fórmulas linguísticas (linguagem-objeto).

A prática interpretativa desemboca na concretização dos enunciados linguísticos inscritos no sistema jurídico, com o que o hermeneuta opera a mediação entre o direito positivo e a realidade circundante, manifestando-se o significado da norma jurídica. Todo modelo normativo comporta sentidos, mas o significado não constitui um dado prévio – é o próprio resultado da tarefa interpretativa. O significado da norma é produzido pelo intérprete. As normas jurídicas nada dizem,

somente passando a dizer algo quando são exprimidas pelo hermeneuta.

Sendo assim, as normas jurídicas veiculam mensagens, notadamente polissêmicas, visto que comportam diversos significados. Esta polissemia das fontes do direito deve ser resolvida, mediante o reconhecimento das diferenças entre linguagem comum e linguagem técnico--científica e o emprego das análises sintática, semântica e pragmática sobre o discurso do ordenamento jurídico.

6. Tecnologia Hermenêutica: Da Letra ao Espírito do Direito

Ao disciplinar a conduta humana, os modelos normativos utilizam palavras-signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. A compreensão jurídica dos significados que referem os signos demanda o uso de uma tecnologia hermenêutica.

Ainda que os estudos mais recentes de hermenêutica jurídica apontem para a sua essência filosófica, não há como negar a sua relevante função instrumental, à medida que oferece técnicas voltadas para o norteamento das práticas interpretativas do direito.

Saliente-se, por oportuno, que as diversas técnicas interpretativas não operam isoladamente. Antes se completam, mesmo porque não há, na teoria jurídica interpretativa, uma hierarquização segura das múltiplas técnicas de interpretação.

Neste diapasão, sustenta Mourullo (1988, p. 64) que “en realidad la interpretación de la norma jurídica es siempre pluridimensional, no unidimensional, y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como de todos es sabido, de una interpretación histórica, sistemática, gramatical y teleológica. Cada una de estas interpretaciones nos ofrece distintos puntos de vista para comprenderle sentido último de la norma”.

Tradicionalmente, a doutrina vem elencando as seguintes técnicas interpretativas: a gramatical, a lógico-sistemática, a histórica, a sociológica e a teleológica.

Através da técnica gramatical ou filológica, o hermeneuta se debruça sobre as expressões normativas,

investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal. Trata-se de um processo hermenêutico quase que superado, ante o anacronismo do brocardo jurídico – *in claris cessat interpretatio*.

Além do processo hermenêutico gramatical, pode ser utilizada a técnica lógico-sistemática, que consiste em referir o dispositivo normativo ao contexto normativo mais amplo do qual faz parte, correlacionando, assim, a norma à totalidade do sistema jurídico e até de outros ordenamentos jurídicos paralelos, conformando, assim, o chamado direito comparado.

Em se tratando de interpretação lógico-sistemática de um diploma legal, deve-se, portanto, cotejar o preceito normativo com outros do mesmo diploma legal ou de legislações diversas, mas referentes ao mesmo objeto, visto que, examinando as prescrições normativas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas.

Sendo assim, não se pode interpretar o comando normativo de modo isolado, devendo ele ser compreendido e aplicado em contato com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, seja no plano horizontal, seja no plano vertical do sistema hierárquico da ordem jurídica.

Desta forma, por exemplo, uma cláusula de um contrato não poderá ser compreendida e aplicada como se estivesse apartada das outras cláusulas que integram a avença contratual, no mesmo plano horizontal da normatividade jurídica.

Por sua vez, sob a ótica vertical do sistema jurídico, a referida cláusula de um contrato deverá ser examinada à luz da normatividade jurídica superior, a fim de aferir-se sua validade e eficácia, pelo que o jurista se valerá

também do confronto com as normas da legislação infraconstitucional e, em última análise, da própria Constituição, a Lei Maior que está situada no ápice da ordem jurídica.

Munido da técnica histórica, o intérprete perquire os antecedentes imediatos (v.g., declaração de motivos, debates parlamentares, projetos e anteprojetos) e remotos (e.g., institutos antigos) do modelo normativo.

A seu turno, o processo sociológico de interpretação do direito objetiva: conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; elastecer o sentido da norma a relações novas, inéditas ao momento de sua criação; e temperar o alcance do preceito normativo a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica.

Segue-se, umbilicalmente ligado à técnica sociológica, o processo teleológico que objetiva depreender a finalidade do modelo normativo. Daí resulta que, a norma se destina a um escopo social, cuja valoração dependerá do hermeneuta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica. A técnica teleológica procura, deste modo, delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu real significado. A delimitação do sentido normativo requer, pois, a captação dos fins para os quais se elaborou a norma jurídica.

A interpretação teleológica serve de norte para os demais processos hermenêuticos. Isto é assim porque convergem todas as técnicas interpretativas em função dos objetivos que informam o sistema jurídico. Toda interpretação jurídica ostenta uma natureza teleológica, fundada na consistência axiológica do direito.

Compartilhando deste entendimento, pontifica Reale (1996, p. 285) que o ato de interpretar uma lei importa,

previamente, em compreendê--la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim, ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares.

Logo, o sincretismo dos caminhos interpretativos, iluminados que são pela teleologia do direito, permite que o intérprete transcenda da palavra em direção ao espírito do ordenamento jurídico. A hermenêutica jurídica oferece ao intérprete um repositório de técnicas interpretativas, destinadas à resolução dos problemas linguísticos inerentes ao discurso normativo. No desenvolvimento da interpretação jurídica o operador do direito se valerá destas ferramentas hermenêuticas para o deslinde dos obstáculos da linguagem jurídica.

Convém demonstrarmos a compatibilidade entre as dimensões semióticas e as técnicas interpretativas. Utilizaremos, a título ilustrativo, alguns exemplos oriundos da interpretação do Código de Defesa do Consumidor, no contexto da ordem jurídica brasileira.

Os problemas sintáticos podem ser resolvidos, fundamentalmente, pelo recurso aos processos hermenêutico gramatical e lógico-sistemático.

Quando, por exemplo, o art. 51, *caput*, do CDC prescreve que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, a expressão entre outras sinaliza para uma ideia de inclusão. Isto permite firmar o caráter exemplificativo do elenco legal de cláusulas abusivas (*numerus apertus*), o que se depreende através da utilização do processo hermenêutico gramatical.

Outrossim, com base na técnica lógico-sistemática, o CDC deve ser interpretado em compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, bem assim, com as legislações infraconstitucionais, como a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.884/94 (Lei Anticartel). Se transcender ao direito comparado, a compreensão sistêmica se evidenciará nos liames da legislação consumerista com a Resolução n. 39/248 da ONU e o *Projet de Code de la Consommation*, de progênie francesa.

A seu turno, os problemas de natureza semântica podem ser devidamente contornados pela utilização dos processos hermenêuticos histórico e sociológico.

Com base na técnica histórica, de natureza retrospectiva, os trabalhos desenvolvidos pela comissão de juristas do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e pela Comissão Mista do Congresso Nacional, bem como os demais momentos da tramitação legislativa do projeto do CDC, oferecem relevantes suportes para a interpretação da lei consumerista.

É, por exemplo, a análise do projeto de lei da Comissão Mista do Congresso Nacional que nos conduz à constatação de que o legislador, ao positivar originariamente, no art. 4º do CDC, o vocábulo *transferência*, queria referir, em verdade, o vocábulo transparência, como valor a ser tutelado nas relações de consumo.

Valendo-se da técnica sociológica, de orientação prospectiva, está habilitado o hermeneuta a interpretar o arcabouço normativo do CDC com base na realidade circundante, qual seja, a sociedade de consumo.

A relevância do processo sociológico se evidencia pela sua abertura e pelo seu dinamismo, possibilitando ao intérprete acompanhar o ritmo febricitante das

transformações econômicas do capitalismo pós-industrial, com reflexos cada vez maiores no mercado de consumo, a exemplo do que se manifesta com as novas tipologias contratuais, como os contratos eletrônicos.

Segue-se o processo teleológico, voltado para a superação dos problemas de ordem pragmática.

Neste compasso, o art. 4º, ao prescrever o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, afigura-se como referencial teleológico para a interpretação de todo o arcabouço normativo do Código de Defesa do Consumidor. Mediante a compreensão dos princípios jurídicos catalogados no art. 4º, o hermeneuta logra apreender os fins maiores que imantam a legislação consumerista.

Eis a demonstração da instrumentalidade dos métodos hermenêuticos para o desenvolvimento da interpretação jurídica.

7. Do Subjetivismo ao Novo Objetivismo Jurídico

O transcurso histórico da hermenêutica jurídica vem sendo marcado pela polarização entre o subjetivismo e o objetivismo. Trata-se de grande polêmica relativa ao referencial que o intérprete do direito deve seguir para desvendar o sentido e o alcance dos modelos normativos, especialmente das normas legais: a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) ou a vontade da lei (*voluntas legis*).

O problema é apresentado por Engisch (1988, p. 170), para quem, antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objetivo da lei e, consequentemente, o último escopo da interpretação, são determinados e fixados através da vontade do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deve seguir as pegadas do historiador, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objetivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas palavras, enquanto vontade da lei, enquanto sentido objetivo que é independente do mentar e do querer subjetivos do legislador histórico e, que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autônomo, é suscetível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito objectivo? Eis a indagação fulcral para a compreensão do tema.

Sendo assim, a corrente subjetivista pondera que o escopo da interpretação é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador expressa na norma. A interpretação deve verificar, de modo retrospectivo, o pensamento do legislador estampado no modelo

normativo. De outro lado, a vertente objetivista preconiza que, na interpretação do direito, deve ser vislumbrada a vontade da lei, que, enquanto sentido objetivo, independe do querer subjetivo do legislador. A norma jurídica seria a vontade transformada em palavras, uma força objetivada independente do seu autor. O sentido incorporado no modelo normativo se apresentaria mais rico do que tudo o que o seu criador concebeu, porque suscetível de adaptação aos fatos e valores sociais.

Neste sentido, a depender do referencial hermenêutico utilizado, a interpretação do direito modulará a própria expressão do discurso jurídico, valorizando a ordem, com a adoção do subjetivismo, ou a mudança, quando iluminada pelo objetivismo.

Com base neste entendimento, pondera Andrade (1992, p. 19) que, como uma operação de esclarecimento do texto normativo, a interpretação aumenta a eficácia retórica ou comunicativa do direito, que é uma linguagem do poder e de controle social. E dependendo da técnica adotada, a interpretação pode exercer uma função estabilizadora ou renovadora e atualizadora da ordem jurídica, já que o direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais. Assim, o direito pretende ser simultaneamente estável e mutável. Todavia, é preciso ressaltar que a segurança perfeita significaria a absoluta imobilidade da vida social, enfim, a impossibilidade da vida humana. Por outro lado, a mutabilidade constante, sem um elemento permanente, tornaria impossível a vida social. Por isso, o direito deve assegurar apenas uma dose razoável de ordem e organização social, de tal modo que essa ordem satisfaça o sentido de justiça e dos demais valores por ela implicados.

Combinando a exigência de segurança com o impulso incessante por transformação, a hermenêutica jurídica contemporânea se inclina, pois, para a superação do tradicional subjetivismo – *voluntas legislatoris*, em favor de um novo entendimento do objetivismo – *voluntas legis*, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica.

Com base neste redimensionamento do modelo objetivista, pode-se afirmar que o significado jurídico não está à espera do intérprete, como se o objeto estivesse desvinculado do sujeito cognoscente – o hermeneuta. Isto porque conhecimento é um fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, em si e por si, mas do objeto enquanto objeto do conhecimento.

O objeto do conhecimento, portanto, é, de certo modo, uma criação do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido. Nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas em si mesmas, mas apenas de um conhecimento de fenômenos, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento. Em virtude da função constitutiva do sujeito no âmbito da relação ontognosiológica, não se poderá isolar o intérprete do objeto hermenêutico.

Conforme o magistério de Pasqualini (2002, p. 171), na acepção mais plena, o sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente do lado do intérprete, mas como um evento que se dá em dupla trajetória: do texto (que se exterioriza e vem à frente) ao intérprete; e do intérprete (que mergulha na linguagem e a revela) ao texto. Esse duplo percurso sabe da distância que separa texto e intérprete e, nessa medida, sabe que ambos, ainda quando juntos, se ocultam (velamento) e se

mostram (desvelamento). Longe de sugerir metáforas forçadas, a relação entre texto e intérprete lembra muito a que se estabelece entre músico e instrumento musical: sem a caixa de ressonância de um violino, suas cordas não têm nenhum valor, e essas e aquela, sem um violinista, nenhuma utilidade.

O conhecimento dos objetos culturais também não se identifica com o objeto desse conhecimento, o que se impõe, com mais força, na apreensão da cultura humana, à medida que, sendo realidades significativas do espírito, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda plenitude.

O significado objetivo dos modelos normativos é, em larga medida, uma construção dos sujeitos da interpretação jurídica, com base em dados axiológicos extraídos da realidade social. Toda norma se exprime na interpretação que lhe atribui o aplicador. O sentido da norma legal se regenera de modo contínuo, como numa gestação infinita. A interpretação jurídica permite transcender aquilo que já começou a ser pensado pelo legislador, de modo a delimitar a real vontade da lei.

Nesse compasso, leciona Bergel (2001, p. 320) que a questão não é então saber se o intérprete deve ser médium ou cientista, se pratica obra jurídica ou política, nem se a interpretação participa da criação ou da aplicação das normas jurídicas. Isso depende somente da liberdade que se lhe reconhece ou da fidelidade que se lhe impõe com referência ao direito positivo.

Observa-se, assim, que a lei só adquire um sentido com a aplicação que lhe é dada e que o poder assim reconhecido ao intérprete atesta a fragilidade da ordem normativa: nenhum preceito da lei, diz-se ainda, recebe seu sentido de um âmago legislativo; torna-se significativo com a aplicação que lhe é dada e graças à interpretação jurídica que esta implica.

PARTE II

A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E O PARADIGMA HERMENÊUTICO EMERGENTE

8. Fundamentos do Projeto da Modernidade

Desde a época do renascimento, a humanidade já havia sido guindada ao patamar de centro do universo. Típica da nova perspectiva era a visão de Francis Bacon, segundo a qual os homens poderiam desvendar os segredos da realidade, para, então, dominar a natureza. Posteriormente, René Descartes lançou as bases filosóficas do edifício moderno, definindo a essência humana como uma substância pensante (cogito, ergo sum) e o ser humano como um sujeito racional autônomo. Na mesma senda, Isaac Newton conferiu à modernidade o seu arcabouço científico ao descrever o mundo físico como uma máquina, cujas leis imutáveis de funcionamento poderiam ser apreendidas pela mente humana. Na seara político-social, despontou o pensamento de John Locke, vislumbrando a relação contratual entre governantes e governados, em detrimento do absolutismo, e a supremacia dos direitos naturais perante os governos tirânicos.

Abeberando-se neste rico manancial de ideias, coube ao movimento iluminista, no século XVIII, consolidar o multifacético projeto da modernidade, Diderot, Voltaire, Rousseau e Montesquieu inaugurariam, de modo triunfal, a idade da razão. Sob a influência do Iluminismo, Emanuel Kant complementaria o ideário moderno, ao enfatizar o papel ativo da mente no processo de conhecimento. Para Kant, o intelecto sistematizaria os dados brutos oferecidos pelos órgãos sensoriais através de categorias inatas, como as noções de espaço e tempo. Nessa perspectiva, o “eu pensante”, ao desencadear suas potencialidades cognitivas, afigurava-

se como o criador do próprio mundo a ser conhecido. A pretensão transcendental de Kant supunha, assim, que a cultura e a ética refletiriam padrões universalmente racionais e humanos, submetendo-se os deveres ao princípio supremo da razão prática – o imperativo categórico. Ao conferir posição privilegiada ao sujeito do conhecimento, Kant elevou o respeito à pessoa humana como um valor ético absoluto. O sujeito de kantiano tornava-se capaz de sair da menoridade e ser protagonista da história.

O programa moderno estava embasado no desenvolvimento implacável das ciências objetivas, das bases universalistas da ética e de uma arte autônoma. Seriam, então, libertadas as forças cognitivas acumuladas, tendo em vista a organização racional das condições de vida em sociedade. Os proponentes da modernidade cultivavam ainda a expectativa de que as artes e as ciências não somente aperfeiçoariam o controle das forças da natureza, como também a compreensão do ser e do mundo, o progresso moral, a justiça nas instituições sociais e até mesmo a felicidade humana.

Não é outro o entendimento de Alain Touraine (1994, p. 9), para quem a ideia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, sobre o triunfo da razão. Somente ela estabelece uma correspondência entre a ação humana e

a ordem do mundo, o que já buscavam pensadores religiosos, mas que foram paralisados pelo finalismo próprio às religiões monoteístas baseadas numa revelação. É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de Direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade.

Nas suas conotações mais positivas, o conceito de modernidade indica uma formação social que multiplicava sua capacidade produtiva, pelo aproveitamento mais eficaz dos recursos humanos e materiais, graças ao desenvolvimento técnico e científico, de modo que as necessidades sociais pudessem ser respondidas, com o uso mais rigoroso e sistemático da razão.

A modernidade caracterizava-se pela forma participativa das tomadas de decisões na vida social, valorizando o método democrático e as liberdades individuais. O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um pudesse realizar sua personalidade, abandonando as constrições de autoridades externas e ingressando na plenitude expressiva da própria subjetividade.

A realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida, no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

Neste sentido, refere Boaventura Santos (1995, p. 77) que o projeto sociocultural da modernidade é um projeto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

O programa da modernidade fundar-se-ia na estabilidade dos referidos pilares, assegurada pela correlação existente entre os princípios regulatórios e as lógicas emancipatórias. Sendo assim, a racionalidade ético-prática, que rege o direito, seria relacionada ao princípio do Estado, uma vez que o Estado moderno era concebido como o detentor do monopólio de produção e aplicação das normas jurídicas. A racionalidade cognitivo-instrumental, por seu turno, seria alinhada ao princípio do mercado, porquanto a ciência e a técnica afiguravam-se como as molas mestras da expansão do sistema capitalista.

Com efeito, no plano gnosiológico, o projeto da modernidade trouxe a suposição de que o conhecimento seria preciso, objetivo e bom. Preciso, pois, sob o escrutínio da razão tornava-se possível compreender a ordem imanente do universo; objetivo, porquanto o

modernista se colocava como observador imparcial do mundo, situado fora do fluxo da história; bom, pois o otimismo moderno conduzia à crença de que o progresso seria inevitável e de que a ciência capacitaria o ser humano a libertar-se de sua vulnerabilidade à natureza e a todo condicionamento social.

O cerne do programa moderno residia, indubitavelmente, na confiança na capacidade racional do ser humano. Os modernos conferiam à razão o papel central no processo cognitivo. A razão moderna compreende mais do que simplesmente uma faculdade humana. O conceito moderno de razão remetia à assertiva de que uma ordem e uma estrutura fundamentais são inerentes ao conjunto da realidade. O programa moderno se alicerçava na premissa de que a correspondência entre a tessitura da realidade e a estrutura da mente habilitaria esta última a discernir a ordem imanente do mundo exterior.

A ideia de uma modernidade denotava, assim, o triunfo de uma razão redentora, que se projetaria nos diversos setores da atividade humana. Esta razão deflagraria a secularização do conhecimento, conforme os arquétipos da física, geometria e matemática. Viabilizaria a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializaria, através do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permitiria ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa.

9. Os Elementos da Modernidade Jurídica

O Programa moderno abria margem para a emergência do paradigma liberal-burguês na esfera jurídica. O conceito de Estado de Direito é, ainda hoje, a pedra angular para o entendimento da modernidade jurídica. Surgido na dinâmica das revoluções burguesas (Revolução gloriosa, Independência norte-americana, Revolução francesa), o Estado de Direito sintetiza um duplo e convergente processo de *estatização do direito* e *jurisdicização do Estado*. Esta nova forma de organização estatal inaugura um padrão histórico específico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil. Esta relação é intermediada por um ordenamento jurídico que delimita os espaços político e societal. A ordem jurídica acaba por separar a esfera pública do setor privado, os atos de império dos atos de gestão, o interesse coletivo das aspirações individuais.

O *Estado de Direito* apresenta, como traços marcantes de sua conformação histórica, os princípios da soberania nacional, da independência dos poderes e da supremacia constitucional. O princípio da separação dos poderes, técnica destinada a conter o absolutismo, atribui a titularidade da função legislativa a parlamentos compostos pelos representantes da nação, restringe o campo de atuação do Poder Executivo aos limites estritos das normas legais e confere ao Poder Judiciário a competência para julgar e dirimir conflitos, neutralizando-o politicamente. O Estado submete-se ao primado da legalidade. A lei é concebida como uma norma abstrata e genérica emanada do parlamento, segundo um processo previsto pela Constituição. A Carta

Magna, na acepção liberal, apresenta-se como uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada em regra num documento escrito, mediante o qual se estrutura o poder político e se asseguram os direitos fundamentais.

Conforme se depreende, a ideia moderna de que os homens encontravam-se aptos a delinear um projeto racional informa as definições clássicas de lei e Constituição. As normas legais afiguram-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. A Constituição, produto de uma razão imanente e universal que organiza o mundo, cristaliza, em última análise, o pacto fundador de toda a sociedade civil.

O fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do direito como um conjunto de normas postas. Ocorrido, em larga medida, a partir do século XIX, corresponde à legitimidade legal-burocrática preconizada por Max Weber, porquanto fundada em ritos e mecanismos de natureza formal. A positivação desponta como um processo de filtragem, mediante procedimentos decisórios, das valorações e expectativas comportamentais presentes na sociedade, que são, assim, convertidas em normas dotadas de validez jurídica. A lei, resultado de um conjunto de atos e procedimentos formais (iniciativa, discussão, quórum, deliberação) torna-se, destarte, a manifestação cristalina do direito. Daí advém a identificação moderna entre direito e lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica.

A análise global da conjuntura da época possibilita o entendimento do sentido desta idolatria à lei. O apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora

de uma classe ascendente. A burguesia, ao encampar o poder político, passou a utilizar a aparelhagem jurídica em conformidade com seus interesses. Se a *utopia jusnaturalista* impulsionou a revolução, a *ideologia legalista* legitimou a preservação do *statu quo* pelo argumento de que o conjunto de leis corporificava o justo pleno, cristalizando formalmente os princípios perenes do direito natural.

Além disto, as demandas do industrialismo e a celeridade das transformações econômicas exigiam um instrumental jurídico mais dinâmico e maleável. Em contraste com o processo de lenta formação das normas consuetudinárias, a lei se afigurava como um instrumento expedito, pronto a disciplinar as novas situações de uma realidade cambiante. Ocorreu a institucionalização da mutabilidade do direito, isto é, a ordem jurídica tornou-se contingencial e manipulável conforme as circunstâncias.

O prestígio do princípio da separação de poderes, técnica de salvaguarda política e garantia das liberdades individuais, foi outro fator preponderante. Na concepção moderna, o julgador, ao interpretar a lei, deveria ater-se à literalidade do texto legal, para que não invadisse a seara do Poder Legislativo. O magistrado deveria restringir-se à vontade da lei – *voluntas legislatoris*. A aplicação do direito seria amparada no dogma da subsunção, pelo que o raciocínio jurídico consistiria na estruturação de um silogismo, envolvendo uma premissa maior (a diretiva normativa genérica) e uma premissa menor (o caso concreto).

Ressalte-se ainda que a teorização jurídica da era moderna concebia o direito como um ordenamento dessacralizado e racional. O sistema jurídico passou a ser entendido como um sistema fechado, axiomatizado e hierarquizado de normas. Desta concepção moderna

defluíam as exigências de acabamento, plenitude, unicidade e coesão do direito. Nesta perspectiva sistêmica, são negadas as existências de lacunas e de antinomias normativas.

10. O Colapso da Modernidade Jurídica

Um grande debate envolve o tema da modernidade, problematizando seus fundamentos, conquistas e perspectivas. Para muitos estudiosos, o programa moderno, enquanto realizava o seu desiderato de constituir sujeitos autônomos e sociedades racionalmente organizadas, também desenvolvia os fermentos e as forças de sua própria dissolução.

Neste diapasão, acentua Marshall Berman (1986, p. 15) que a experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia; nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une toda a espécie humana. Porém é uma unidade paradoxal, uma unidade da desunidade; ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambiguidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, tudo que é sólido desmancha no ar.

Os desvios e excessos do projeto da modernidade abrem margem para o aprofundamento de interpretações críticas, aptas a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. Deste modo, o pensamento contemporâneo sinaliza para uma transição paradigmática do programa moderno a uma cultura pós-moderna, cujos caracteres passam a ser delineados com o colapso da idade da razão.

Com efeito, no decorrer de seu transcurso histórico, o projeto da modernidade entrou em colapso. A vocação maximalista dos pilares regulatório e emancipatório, bem como dos princípios e lógicas internas inviabilizou o

cumprimento da totalidade de suas promessas. Ocorreu, em determinados momentos, a expansão demasiada do espaço social ocupado pelo mercado, a maximização da racionalidade científica e, de um modo geral, o desenvolvimento exacerbado do vetor da regulação ante o vetor da emancipação. O pilar emancipatório assumiu a condição de roupagem cultural das forças de controle e heteronomia, comprometendo o equilíbrio tão almejado entre os pilares da modernidade.

O programa da modernidade dissolveu-se num processo de racionalização da sociedade, que acabou por vincular a razão às exigências do poder político e à lógica específica do desenvolvimento capitalista. O conhecimento científico da realidade natural e social, entendido como meio de emancipação do ser humano, é submetido às injunções do poder vigente.

No que se refere à modernidade jurídica, assinala Boaventura Santos (2001, p. 119) que ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo Capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna.

Denuncia-se, assim, o entrelaçamento das formações discursivas com as relações de poder. Com o aparecimento de uma razão tecnocrática, o saber se torna o serviçal e corolário lógico do poder. O discurso, mormente o científico, é convertido num eficiente instrumento de domínio. O discurso não é mais simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas

de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder de que todos querem se apoderar.

Sendo assim, a razão de matriz Iluminista se banalizou, restringindo seu horizonte e delimitando seu campo de indagação aos interesses do poder. Favoreceu o progresso técnico e o crescimento econômico, mas engendrou problemas sociais. A racionalidade moderna não mais atendeu às exigências originárias do homem (liberdade, justiça, verdade e felicidade), mas, do contrário, sucumbiu às exigências do mercado.

Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso.

Os pressupostos gnosiológicos da modernidade foram também solapados. Não mais prevalece a suposição de que o conhecimento é bom, objetivo e exato. O otimismo moderno no progresso científico é substituído pelo ceticismo no tocante à capacidade de a ciência resolver os grandes problemas mundiais, mormente os ecológicos. Não se aceita a crença na plena objetividade do conhecimento. O mundo não é um simples dado que está “lá fora” à espera de ser descoberto e conhecido. A aproximação entre o sujeito e o objeto é uma tendência presente em todas as modalidades de conhecimento

científico. O trabalho do cientista, como o de qualquer ser humano, é condicionado pela história e pela cultura. A verdade brota de uma comunidade específica. Assim, o que quer que aceitemos como verdade, e até mesmo o modo como a vemos, depende da comunidade da qual participamos. Este relativismo se estende para além de nossas percepções da verdade e atinge sua essência: não existe verdade absoluta e universal. A verdade é sempre fruto de uma interpretação.

Como assevera Edgar Morin (1986, p. 197-198), a ciência derrubou as verdades reveladas, as verdades absolutas. Do ponto de vista científico, essas verdades são ilusões. Pensou-se que a ciência substituía essas verdades falsas por verdades verdadeiras. Com efeito, ela fundamenta suas teorias sobre dados verificados, reverificados, sempre reverificáveis. Contudo, a história das ciências mostra-nos que as teorias científicas são mutáveis, isto é, sua verdade é temporária. A retomada dos dados desprezados e o aparecimento de novos dados graças aos progressos nas técnicas de observação/experimentação destroem as teorias que se tornaram inadequadas e exigem outras novas.

Decerto, a epistemologia contemporânea, através de uma grande plêiade de pensadores, vem fortalecendo a constatação de que as afirmações científicas são probabilísticas, porquanto se revelam submetidas a incertezas. Com a emergência da geometria não euclidiana, da física quântica e da teoria da relatividade, instaurou-se a crise da ciência moderna, abalando os alicerces do positivismo científico: a certeza, o distanciamento sujeito-objeto e a neutralidade valorativa.

Neste sentido, Marilena Chauí (1984, p. 215), comentando a epistemologia de Karl Popper, afirma que a ciência não é um sistema de enunciados certos ou

bem estabelecidos, nem um sistema que avança constantemente em direção a um estado final. Deste modo, o velho ideal científico da *episteme* – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – mostrou ser um ídolo. A exigência da objetividade científica, segundo a autora, torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre. Ele, com efeito, pode ser corroborado, mas toda corroboração é relativa a outros enunciados que, novamente, são provisórios.

Sendo assim, o valor de uma teoria não seria medido por sua verdade, mas pela possibilidade de ser falsa. A falseabilidade se apresentaria como o critério de avaliação das teorias, garantindo a ideia de progresso científico, visto que a mesma concepção teórica seria corrigida pelos fatos novos que a falsificam.

De outro lado, conforme assinala Stanley Grenz (1997, p. 90), coube a Thomas Kuhn demonstrar que a ciência é um fenômeno dinâmico, vale dizer um construto cultural. A ocorrência das revoluções científicas revelaria que a ciência não deve ser vislumbrada como uma compilação de verdades universais objetivas. Para Thomas Kuhn, o progresso científico seria marcado por revoluções paradigmáticas. Com efeito, nos períodos de normalidade, o paradigma, visão de mundo expressa numa teoria, serviria para auxiliar os cientistas na resolução de seus problemas, sendo, posteriormente, substituído por outro paradigma, quando pendentes questões não devidamente respondidas pelo modelo científico anterior.

Neste sentido, a obra de Kuhn leva ao reconhecimento de que os fundamentos do discurso científico e da própria verdade científica são, em última análise, de natureza social. A ciência não se embasa numa observação neutra de dados, conforme propõe a teoria

moderna. De acordo com o novo entendimento, o conhecimento científico não é uma compilação de verdades universais objetivas, mas um conjunto de investigações histórico-condicionadas, com amparo em comunidades específicas.

Por sua vez, rompe-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais. A racionalidade é inserida no processo comunicativo. A verdade resulta do diálogo entre atores sociais. Esta nova razão brota da intersubjetividade do cotidiano, operando numa tríplice dimensão. A racionalidade comunicativa viabiliza não só a relação cognitiva do sujeito com as coisas (esfera do ser), como também contempla os valores (esfera do dever ser), sentimentos e emoções (esfera das vivências pessoais).

Trata-se, pois, de uma razão dialógica, espontânea e processual: as proposições racionais são aquelas validadas num processo argumentativo, em que se aufere o consenso através do cotejo entre provas e argumentações. A racionalidade adere aos procedimentos pelos quais os protagonistas de uma relação comunicativa apresentam seus argumentos, com vistas à persuasão dos interlocutores.

11. Caracteres da Cultura Jurídica Pós-Moderna e seus Reflexos Hermenêuticos

As metanarrativas da modernidade iluminista, carregadas de um otimismo antropocêntrico, vislumbravam o advento de sociedades governadas pela racionalidade, encaminhadas para um estágio cada vez mais avançado de progresso técnico-científico e de desenvolvimento social.

Estas grandes visões modernas, contudo, esvaziaram-se e perderam, gradativamente, a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar seus ideais emancipatórios. Verificou-se que a proposta de racionalização da sociedade ocidental acabou por gerar profundos desequilíbrios entre os atores sociais, comprometendo a realização de uma subjetividade plenamente autônoma.

Nesta esteira, sublinha Paulo Rouanet (1993, p. 22-24) que, no Brasil e no mundo, o projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso. Trata-se de uma rejeição dos próprios princípios, de uma recusa dos valores civilizatórios propostos pela modernidade. Como a civilização que tínhamos perdeu sua vigência e como nenhum outro projeto de civilização aponta no horizonte, estamos vivendo, literalmente, num vácuo civilizatório. Há um nome para isso: barbárie. Agora não se tratava mais da impostura deliberada do clero, mas da falsa consciência induzida pela ação ideologizante da família, da escola e da imprensa, e, mais radicalmente ainda, pela eficácia mistificadora da própria realidade – o fetichismo da mercadoria. Quando a ciência se transforma em mito, quando surgem novos mitos e

ressurgem mitos antiquíssimos, quando a desrazão tem ao seu dispor toda a parafernália da mídia moderna – quando tudo isso conspira contra a razão livre –, não é muito provável que o ideal kantiano da maioridade venha a prevalecer.

Com a crise da modernidade, muitos estudiosos referiram a emergência de um novo paradigma de compreensão do mundo – a pós-modernidade. A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade e de progresso acessíveis a todos. A desconfiança de todo discurso unificante é o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, multifacetada, fluida e plural.

O advento da pós-modernidade também se refletiu no direito do ocidente, descortinando profundas transformações nos modos de conhecer, organizar e realizar as instituições jurídicas.

Sobre as repercussões do paradigma pós-moderno no fenômeno jurídico, sustenta Cláudia Marques (1995, p. 155) que, com o advento da sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós--moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade de a ciência do direito dar respostas adequadas e gerais para os problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma

nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

Partindo da presente descrição, torna-se possível divisar os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna, podendo mencionar o delineamento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

O fenômeno jurídico pós-moderno é cada vez mais plural. Este pluralismo se manifesta com a implosão dos sistemas normativos genéricos e fechados. Este fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para o aparecimento de uma multiplicidade de fontes legislativas e de institutos jurídicos.

O fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno se afigurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social. Na pós-modernidade, entretanto, o direito passa a espelhar as demandas da coexistência societária, sedimentando-se a consciência de que ele deve ser entendido como um sistema sempre aberto e inconcluso, porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social.

Corroborando esta perspectiva, salienta Miguel Reale (1994, p. 74) que, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve, a meu ver, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

Como se depreende, não se concebe mais o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico e, pois, inserido na própria historicidade da vida humana.

O direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que sejam adaptados aos novos tempos.

Apropriada é a lição de Gustavo Tepedino (2002, p. 21), ao referir que, se o século XX foi identificado pelos historiadores como a Era dos Direitos, à ciência jurídica resta uma sensação incômoda, ao constatar sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direitos conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa

humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas europeias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (standards) delineados à luz de princípios que vinculem o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

De outro lado, o fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Entende-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se, cada vez mais plausível, o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do direito no contexto de interações comunicativas. Deste modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica.

Enfatizando a relevância da linguagem jurídica, asseveram Edmundo Arruda e Marcus Fabiano (2002, p. 327) que, quando qualificamos como complexa a atividade interpretativa apenas salientamos, na mobilização dessas múltiplas faculdades psíquicas, o acoplamento de estados interiores ao mundo externo pela via do principal instrumento de mediação: a linguagem. A linguagem, portanto, funda e constitui o

mundo. Por isso mesmo, a interpretação não se reduz a uma atividade passiva. Não somos o mero receptáculo em estados interiores das impressões do mundo exterior. O mundo é feito por nós quando nos apropriamos dele interpretativamente. Nessa mediação linguística da compreensão, o mundo é por nós transformado, constantemente desfeito e refeito. Mas nem todas as linguagens são iguais. Existem certas linguagens dotadas da capacidade de mobilizar grandes poderes sociais, como é o caso do direito. Tais linguagens-poderes imprimem novas condições de possibilidade à vivência do e no mundo. Quem por ofício manipula essas linguagens na sua lida cotidiana recebe então uma responsabilidade adicional: a de fazer não só o seu próprio mundo, mas também o daqueles onde muitos outros podem viver.

Outrossim, a teoria e a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial, enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, convence a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer.

Ademais, o direito pós-moderno é relativo. Isto porque não se pode conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios. Na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, qualquer assertiva desponta como uma forma de interpretação. O

relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber hermenêutico.

Esta virada em direção à racionalidade hermenêutica é mencionada por Andrei Marmor (2000, p. 9), quando ressalta que a interpretação se tornou um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos nos últimos quinze anos. Assim, como o interesse pelas normas na década de 1960 e pelos princípios jurídicos na de 1970, boa parte da teorização da última década foi edificada em torno do conceito de interpretação. Em um aspecto importante, porém, a interpretação é um paradigma mais ambicioso: não se trata apenas de um tema no qual os filósofos do direito estão interessados, mas, segundo alguns filósofos muito influentes, a interpretação é também um método geral, uma metateoria da teoria do direito.

Sob o influxo do pensamento pós-positivista, cristaliza-se, assim, um novo modelo interpretativo. Entende-se que o ato de interpretar e aplicar o direito envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congrega valores, ainda que fluidos e mutadiços, porquanto o direito se revela como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca de uma dinâmica *voluntas legis*, verificando a finalidade da norma em face do convívio em sociedade. Deste modo, o relativismo potencializa uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para o implemento dos valores e fins conducentes a uma visão atualizada de justiça.

Na transição pós-moderna, é este fenômeno jurídico plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo que decreta a quebra do mito da certeza do conhecimento jurídico.

O anseio científico pela certeza é um dos maiores bloqueios à investigação comportamental. Isto porque a epistemologia contemporânea, através de uma grande plêiade de pensadores, vem fortalecendo a constatação de que as afirmações científicas são probabilísticas. Com a emergência da geometria não euclidiana e da física pós-newtoniana, instaurou-se a crise da ciência positivista, abalando a crença sobre a exatidão do conhecimento científico.

Registre-se, no entanto, que as ciências naturais sempre oferecem menos incerteza do que as comportamentais, estas últimas estando mais propensas ao delineamento de tendências. É o que se processa, inclusive, com a própria ciência do direito, cuja estruturação de raciocínio não comporta determinismos, mas a flexibilidade que o estudo de um fenômeno cultural está a exigir, ainda mais considerando que as interações sociais se realizam por sujeitos essencialmente livres.

Decerto, torna-se impossível fundamentar o raciocínio jurídico em premissas absolutas e incontestáveis. Isto porque a atividade hermenêutica do jurista comporta a apreciação de valores e a força retórica dos melhores argumentos. A interpretação jurídica não se resume a uma operação lógico-formal, sendo antes um processo complexo, no qual fatores normativos, axiológicos e fáticos se correlacionam dialeticamente, ao longo da experiência social. A ciência do direito é, portanto, um saber aberto a reformulações, porque dependente de um contexto histórico e cultural.

Em face do exposto, só nos resta extrair as potencialidades do relativismo científico. Se não há o solo das verdades absolutas, o mar revolto de incertezas nos impele à eterna viagem do saber. Nisto reside a convicção de que o conhecimento científico, apesar de

sua falibilidade, é um dos maiores feitos da racionalidade humana. Apesar de tudo, podemos, mediante o uso de uma racionalidade hermenêutica consciente de seus limites, compreender algo sobre o mundo e modificá-lo para melhor.

12. Pós-Positivismo e a Interpretação do Direito Principiológico

Ao longo de seu transcurso histórico, a evolução da doutrina positivista da modernidade promoveu um reducionismo do fenômeno jurídico, identificando o direito com a própria lei. Entendia-se que o parlamento, mediante a formulação de regras legislativas, poderia disciplinar, minudentemente, o pluralismo dinâmico das situações sociais. Partindo-se da concepção do direito positivo como um sistema de comandos legais, a interpretação jurídica se esgotaria na exegese das palavras da lei, tal como imaginada pelo legislador. A aplicação da norma jurídica aos casos concretos se limitaria a uma neutra operação lógico-formal – a subsunção – e, como tal, refratária aos valores sociais.

Com a crise da modernidade jurídica, o reexame do modelo positivista passou a ocupar cada vez mais espaço nas formulações das ciências do direito. Abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante. Deste modo, foi se erguendo um novo paradigma de reflexão jurídica – o pós-positivismo.

Para os limites do presente trabalho, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que, na esteira pós-positivista, confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio direito.

Divisando a emergência desta nova concepção, sustenta Enterría (1986, p. 30) que “todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción substancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos.(...) Ahora bien, la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir, a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguinte, expresarse el orden jurídico”.

Nesta nova constelação do pensamento jurídico, de cunho pós-positivista, destacam-se, sem embargo de outros representantes, expoentes como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas concepções destacam o relevante papel dos princípios gerais do direito nos ordenamentos jurídicos contemporâneos

No tocante a Chaïm Perelman, sua obra filosófica que se desdobra em dois domínios: por um lado, no campo da filosofia, elabora uma aguda crítica ao modelo racionalista cartesiano; por outro, alicerçado numa concepção de racionalidade jurídica mais ampla, ergue uma sólida objeção à perspectiva da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Com efeito, Perelman se insurge contra as consequências da abordagem positivista no que tange às possibilidades da argumentação racional dos valores. Isso porque, segundo ele, o modelo teórico que privilegia apenas a demonstração e o raciocínio lógico-matemático, como caminhos para a obtenção de informações fidedignas, afasta da competência do

discurso filosófico áreas cruciais da vida social, relegando assim ao decisionismo todas as opções referidas a valores, fundamentais no campo da política e do direito. A partir de uma insatisfação em face da visão moderna de razão, estruturada a partir das filosofias racionalistas do século XVII e subjacentes à posição do positivismo lógico do século XX, Perelman procura valorizar meios de prova distintos dos reconhecidos pelos lógicos, seguidores do modelo dedutivo e do silogismo.

Partindo da distinção cunhada por Aristóteles entre o raciocínio dialético, que versa sobre o verossímil e serve para embasar decisões, e o raciocínio analítico, que trata do necessário e sustenta demonstrações, Perelman situa o raciocínio jurídico no primeiro grupo, ressaltando a sua natureza argumentativa. Conforme o jusfilósofo belga, as premissas do raciocínio jurídico não se apresentam dadas, mas escolhidas. O orador que as elege (o advogado, o promotor, o juiz) deve, de início, buscar compartilhá-las com o seu auditório (tribunal, júri, opinião pública). Em seu cotidiano, o operador do direito é instado, pois, a formular argumentos a fim de convencer o interlocutor da tese sustentada: o advogado organiza ideias na peça processual (transcreve doutrina, cita jurisprudência, relata fatos) com o fito de convencer o juiz a decidir em favor da sua pretensão; o promotor público, no júri, descreve o *iter criminis*, com o intuito de despertar nos jurados a certeza de culpa do acusado; o doutrinador transpira erudição para que a comunidade jurídica prestigie o seu parecer acerca de um problema jurídico; o magistrado, ao proferir uma decisão, fundamenta-a para que o juízo *ad quem* se convença de que a solução encontrada para o caso concreto foi a mais adequada e justa.

Impôs-se, assim, a constatação da retórica e da argumentação à reflexão jurídica. No domínio especificamente jurídico, a insatisfação de Perelman com a teoria kelseniana situa-se, basicamente, no âmbito metodológico. Não há de sua parte nenhuma reivindicação de um retorno ao direito natural, mas sim uma reflexão atenta às formas de raciocínio jurídico. Um dos aspectos essenciais desta crítica repousa no papel secundário atribuído aos princípios gerais do direito.

Neste sentido, pondera Perelman (1999, p. 396) que, cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorreram aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo jus gentium e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato de estes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo Poder Legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda a regra do direito depender de sua - integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos, todos, tirariam sua validade de uma norma pressuposta.

Para a teoria da argumentação, de Perelman, os princípios são considerados como *topoi*, aos quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares--comuns do direito, que podem servir de premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermeneuta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica.

Segundo Perelman (1998, p. 170), conforme a ideia que temos do direito, por exemplo, o que é juridicamente obrigatório será limitado às leis positivas e aos costumes reconhecidos, ou então poderemos incluir precedentes judiciários, lugares-comuns e lugares-específicos, bem como princípios gerais do direito admitidos por todos os povos civilizados. Daí resulta que não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação: é preciso escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, formulá-los e apresentá-los, interpretá-los, enfim, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente.

De outro lado, Ronald Dworkin tem desenvolvido suas reflexões sobre os princípios a partir de um diálogo com as doutrinas positivistas. Dworkin concorda com Hart sobre a existência de casos fáceis e casos difíceis (hard cases). Também o autor sustenta que nos casos fáceis, o julgador se limita a aplicar uma regra anterior. Não compartilha, entretanto, o ponto de vista hartiano, segundo o qual, nos casos difíceis, o juiz pratica um ato de vontade. Para Dworkin, nestas hipóteses, os princípios podem ser utilizados como critérios para interpretar e decidir um problema jurídico.

Segundo ele, importa reabilitar a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica. Para tanto, Dworkin critica o positivismo justamente no fato de que este considera o direito como um sistema composto apenas por regras. Concebendo-se as normas jurídicas como regras, é certo que o sistema estático será lacunoso, e este problema é resolvido pelo normativismo através da atribuição de um poder discricionário para o magistrado decidir volitivamente a solução do caso concreto. Sustenta-se, no entanto, que se o sistema jurídico também contém princípios, esse problema não

persiste, visto que sempre preexistirão critérios normativos para determinar a decisão do caso concreto.

Neste sentido, refere Dworkin (1997, p. 100) que “una vez que abandonamos esta doctrina (positivismo) y tratamos los princípios como derecho, planteamos la possibilidad de que una obligación jurídica (a ser cumprida pelo jurisdicionado) pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios”.

Em razão de sua estrutura, os princípios, diferentemente das regras, não podem ser aplicados através de uma operação lógico-formal. Apontam em determinada direção, mas não fazem referência direta ao caso a ser resolvido. Pode-se dar, inclusive, que mais de um princípio seja relevante para a solução do caso e que os princípios relevantes apontem em sentidos diversos. Diante de uma situação como esta, o aplicador deverá observar quais são os princípios que se referem ao caso concreto e, posteriormente, deve sopesá-los. Disto resulta que a colisão de princípios não se resolve através da elaboração de um juízo acerca da validez da norma, mas através de um processo de ponderação das diversas vertentes principiológicas.

Ademais, ao estudar o sistema jurídico anglo-saxônico, marcado pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, Dworkin pontifica que a prática jurídica se afigura como um exercício permanente de interpretação. Apontando os pontos de convergência entre a interpretação literária e a interpretação jurídica, pretende demonstrar que a ordem jurídica é um produto de sucessivos julgamentos interpretativos. Os

intérpretes/aplicadores, no entender de Dworkin, atuariam como romancistas em cadeia, sendo responsáveis pela estruturação de uma obra coletiva – o sistema jurídico.

Para Dworkin (2000, p. 238), decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

A função do intérprete e aplicador seria, portanto, a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe conferem sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa), na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não está criando direito novo, mas racionalizando o sistema normativo, identificando os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica e as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete se orientar pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

Trata-se, pois, da concepção do direito como integridade: uma decisão é justa – porque respeita a integridade do direito – se fornece a resposta correta para um caso concreto. Para sustentar esta tese, Dworkin lança mão da hipótese de um magistrado ideal – o Juiz Hércules. Com efeito, o Hércules dworkiano seria um julgador dotado de habilitação ético-intelectual para a leitura integral do sistema jurídico, tendo em vista a melhor solução de um conflito de interesses. A interpretação reconstrutiva do direito se valeria do recurso conceitual do Juiz Hércules, tomando por base o paradigma prevalecente em dado contexto histórico-social (e.g., Estado de Direito, *Welfare State*).

Eis o pós-positivismo de Ronald Dworkin. Embora acusado de liberal ou, até mesmo, de ultrarracionalista, Dworkin suscita importantes reflexões para a comunidade jurídica, especialmente, nestes tempos em que os direitos individuais – corporificados nos princípios – são constantemente violados por inúmeros governantes, ante a falta de compromisso com os valores fundantes da sociedade civil.

Ademais, cumpre mencionar o contributo de Robert Alexy. Segundo este pensador, o direito não pode prescindir de uma teoria do discurso, embasada numa racionalidade prática. Para tanto, Alexy procura conjugar três níveis de composição do sistema jurídico: as regras, os princípios e os procedimentos.

Sobre os princípios jurídicos, sustenta Alexy (2001, p. 248) que a formulação de princípios forma uma classe final. Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas,

os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

O jurista enfatiza que a diferença entre regras e princípios não é meramente quantitativa, mas antes qualitativa. Os princípios, estruturalmente, revelam-se diferentes das regras. Segundo Alexy, as regras têm caráter de obrigação definitiva, enquanto os princípios são mandados de otimização do sistema jurídico. Como mandados de otimização, os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo. Podem ser, assim, aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como dos limites jurídicos relativos ao caso concreto. Por sua estrutura axiológica, a aplicação dos princípios se caracteriza pela necessidade de ponderação, enquanto as regras jurídicas são aplicadas por subsunção. Quando há contradição entre regras, uma delas será invalidada e, pois, eliminada do sistema jurídico. De outro lado, a colisão entre princípios não resulta na sua exclusão da ordem jurídica. A ponderação consiste, assim, na determinação de uma relação de prioridade concreta, de modo que o princípio jurídico recusado continue a fazer parte do direito.

Deste modo, como se infere dos contributos de Perelman, Dworkin e Alexy, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, na esteira da crise da modernidade, pode oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento das ordens jurídicas atuais, – sobretudo, no sentido de viabilizar uma interpretação/aplicação do direito preocupada com a realização dos valores enunciados pelos princípios jurídicos.

13. A Principiologia Jurídica como Norte Hermenêutico

O vocábulo *princípio* significa, numa acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas. Transpondo o vocábulo para o plano gnosiológico, os princípios figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, vale dizer, condição ou base de validade das demais asserções que integram um dado campo do saber.

Em relação ao direito, também é possível referir a existência de princípios. Em virtude da constante utilização dos princípios na atualidade, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia a emergência de um novo paradigma principiológico. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, cada vez mais, os princípios na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender e utilizar estas espécies normativas.

Tratando desta transição cognitiva no plano da ciência jurídica, sustenta Ávila (2005, p. 15) que hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico.

Com efeito, os juristas empregam o termo *princípio* em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam normas gerais que traduzem valores e que, por isso, são ponto de referência para regras que as desdobram. No

segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas. No último, seriam generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes em cada ramo jurídico. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo adquire uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação se afigura descritiva.

Inobstante sua função descritiva, importa assinalar o papel prescritivo dos princípios jurídicos. Com o advento do pós-positivismo, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. O novo paradigma principiológico procura dar força cogente aos princípios jurídicos, independentemente das dificuldades geradas pela sua vagueza (denotação imprecisa) ou ambiguidade (conotação imprecisa), conferindo aos seus preceitos um alto grau de abstração e generalidade.

Nesta senda, Bobbio (1996, p. 159) insere os princípios gerais do direito na categoria de normas jurídicas, ao referir que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Como normas jurídicas de inegável densidade valorativa, os princípios jurídicos ganham relevo para o direito contemporâneo. A partir do momento em que são reconhecidos como normas jurídicas, todo esforço é canalizado para emprestar-lhes a máxima eficácia. Não é

outra a razão pela qual a doutrina tem apresentado um significativo empenho em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, na busca de seus elementos genuínos, diferenciando-os das regras jurídicas.

Sendo assim, as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termos definitivos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração, irradiam-se os princípios pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica do sistema normativo. Deste modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos.

Não é outro o entendimento de Guerra Filho (1997, p. 17), para quem as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis,

juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Saliente-se ainda que as regras e os princípios, em sua sinergia e complementaridade, são indispensáveis ao equilíbrio do direito, visto que a concepção isolada destas espécies normativas poderia interferir no funcionamento do sistema jurídico.

Neste sentido, doutrina Canotilho (1991, p. 175) que um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um "sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do "possível" fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Ademais, não basta ao operador do direito conhecer as características dos princípios, sendo fundamental,

outrossim, saber para que eles servem no plano do conhecimento jurídico. É necessário, pois, compreender qual a função dos princípios de direito para que possam ser aplicados com razoável correção.

Os princípios exercem dentro do sistema normativo um papel diferente daquele desempenhado pelas regras jurídicas. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de disciplinar as relações intersubjetivas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. O mesmo não se processa com os princípios, em face das peculiaridades já demonstradas. Os princípios jurídicos são, por seu turno, multifuncionais, podendo ser vislumbradas as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica.

Não é outro o pensamento de Valdés (1990, p. 78) quando define os princípios gerais do direito como “las ideas fundamentales que la comunidad forma sobre su organización jurídica están llamadas a cumplir la triple función fundamentadora, interpretativa y supletoria. Supone esta nota característica que tales ideas básicas, por ser fundamento de la organización jurídica, asumen una misión directiva en el desarrollo legislativo necesario para la regulación de todas sus relaciones interindividuales y colectivas. Como igualmente cumplen un papel crítico (axiológico) capaz, en último término, de invalidar o derogar toda norma positiva que irreductiblemente muestre tajante oposición a aquellos principios. Y tanto una como otra función la realizan en virtud del denominado, en nuestro Derecho positivo, carácter informador, que también justifica su misión interpretativa, en relación a las demás fuentes jurídicas. Y residualmente podrán ser utilizados como fuente autónoma, de directa aplicación, para resolver o regular concretas situaciones jurídicas, en defecto de ley o

costumbre, asumiendo así el carácter de fuente supletoria e integradora del ordenamiento jurídico".

Na qualidade de fonte subsidiária do direito, os princípios serviriam como elemento integrador, tendo em vista o preenchimento das lacunas do sistema jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie típica. Esta concepção revela-se, porém, anacrônica. Isto porque, ao se constatar a normatividade dos princípios jurídicos, estes perdem o caráter supletivo, passando a impor uma aplicação obrigatória. Assim sendo, os princípios devem ser utilizados como fonte primária e imediata de direito, podendo ser aplicados a todos os casos concretos.

De outro lado, no desempenho de sua função fundamentadora, os princípios são as ideias básicas que servem de embasamento ao direito positivo, expressando os valores superiores que inspiram a criação do ordenamento jurídico. Configuram, assim, os alicerces ou as vigas mestras do sistema normativo.

Ademais, destaca-se, especialmente, a função hermenêutica dos princípios jurídicos. A ordem jurídica é sustentada numa base principiológica. Em decorrência deste marco fundante, os princípios orientam a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, inclusive, das regras jurídicas. Com efeito, é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios. Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios. Ademais, quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.

No campo hermenêutico, serve também o princípio jurídico como limite de atuação do intérprete. Ao mesmo passo que funciona como vetor de orientação interpretativa, o princípio tem como função limitar o subjetivismo do aplicador do direito. Sendo assim, os princípios estabelecem referências, dentro das quais o hermeneuta exercitará seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça diante de um caso concreto.

Decerto, pode-se dizer que os princípios jurídicos funcionam como padrão de legitimidade de uma opção interpretativa. É que os princípios despontam como imposições axiológicas capazes de conferir força de convencimento às decisões jurídicas. Quanto mais o operador do direito procura torná-los eficazes, no deslinde dos conflitos de interesses, mais legítima tenderá a ser a interpretação e a posterior decisão. Por outro lado, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar os princípios jurídicos, enquanto repositório de valores socialmente aceitos.

No tocante à operacionalização da interpretação principiológica, diferentemente das regras – que possuem uma estrutura proposicional clássica (se A, então B), os princípios jurídicos não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo. Logo, a sua aplicação exige um esforço axiológico para que sejam densificados e concretizados pelos operadores do direito. Com efeito, *densificar* um princípio jurídico implica preencher e complementar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. A densificação de um princípio é uma tarefa complexa, que se inicia com a leitura isolada da norma principiológica, passando por uma análise sistemática da

ordem jurídica, para, a partir daí, delimitar o seu significado. Por sua vez, *concretizar* o princípio jurídico é traduzi-lo em decisão, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos) a normas decisórias (contextos jurídicos-decisionais). As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, umbilicalmente ligadas: densifica-se um espaço normativo a fim de tornar possível a concretização e consequente aplicação de um princípio a uma situação jurídica.

Neste sentido, doutrina Grau (2002, p. 170-171) que, enquanto as regras estabelecem o que é devido e o que não é devido em circunstâncias nelas próprias determinadas, os princípios estabelecem orientações gerais a serem seguidas em casos, não predeterminados no próprio princípio, que possam ocorrer. Por isso, os princípios são dotados de uma capacidade expansiva maior do que a das regras, mas, ao contrário destas, necessitam de uma atividade ulterior de concretização que os relacione a casos específicos.

Em razão desta peculiar estrutura normativo-material que os distingue das regras jurídicas – cuja aplicação está subordinada à lógica do tudo ou nada – os princípios apresentam-se como mandados de otimização, que não só facultam como até mesmo exigem uma aplicação diferenciada, para que se realize o ótimo dentro das circunstâncias possíveis. Sendo assim, na aplicação dos princípios, o intérprete do direito não escolhe entre esta ou aquela norma principiológica, atribuindo, em verdade, mais peso a um do que a outro (dimensão de peso), em face dos caracteres do caso concreto. Exercita-se, assim, um juízo de ponderação que não desqualifica ou nega a validade ao princípio circunstancialmente preterido, o qual, por isso mesmo,

em outra lide, poderá vir a merecer a preferência do jurista.

Discorrendo ainda sobre a matéria, destaca-se Claus Wilhelm Canaris (1989, p. 14-15), ao caracterizar os princípios de direito, diferenciando-os das regras jurídicas.

Em primeiro lugar, o eminente jusfilósofo destaca a possibilidade de oposição e de contradição entre eles. Decerto, os princípios de direito diferem das regras ou normas jurídicas, pois, caso as regras ou normas sejam antagônicas, uma delas deverá ser excluída do sistema em questão. Já os princípios de direito não podem ser expurgados da ordem jurídica, porque podem e devem conviver no mesmo sistema, mesmo que entre eles, eventualmente, se configure uma antinomia. Na vida jurídica, principalmente no trato do caso concreto, observamos que, constantemente, princípios entram em choque frontal, surgindo antinomias valorativas de grande amplitude, as quais precisam ser dirimidas.

Outra característica importante diz respeito ao fato de que um princípio de direito não possui pretensão de exclusividade, ou seja, um mesmo caso concreto pode ser solucionado por um arsenal de princípios jurídicos.

A terceira característica fundamental é a da complementaridade, visto que os princípios de direito adquirem sentido mediante articulações recíprocas. É que nas situações concretas que envolvam agentes econômicos e consumidores jamais poderá ser feita uma análise simplista, com base em apenas um princípio de direito. Na forma acima demonstrada, vários tenderão a corroborar uma tese e vários auxiliarão outro argumento, somente deste conflito permanente e dinâmico, podendo resultar uma síntese valorativa que espelhe a melhor solução possível.

Ademais, precisam os princípios de direito de concretização através dos valores contidos nas regras ou normas jurídicas, ou seja, de preceitos jurídicos que podem cristalizar um conteúdo material.

14. A Interpretação Jurídica e o Pensamento Tópico

Uma das mais destacadas expressões do pensamento jurídico pós-moderno é a tópica, cuja contribuição se revela indispensável para o entendimento da hermenêutica jurídica contemporânea.

A tópica pode ser entendida como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se distingue nas menores particularidades de outra de tipo sistemático-dedutivo. As tentativas da era moderna de desligá-la da jurisprudência, através da sistematização dedutiva de uma ciência jurídica, tiveram um êxito muito restrito, visto que a tópica vem sendo encontrada ao longo de toda a tradição ocidental, desde a Antiguidade greco-latina. Se Aristóteles entendeu a tópica como uma teoria da dialética, entendida como a arte da discussão, Cícero a concebeu como uma práxis da argumentação, baseada no uso flexível de catálogos de *topoi* (lugares-comuns).

Como bem salienta Theodor Viehweg (1979, p. 19), o ponto mais importante do exame da tópica constitui a afirmação de que ela se trata de uma techne do pensamento que se orienta para o problema. Esta distinção, já cunhada por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, entre *techne* e *episteme* implica considerar a primeira como o hábito de produzir por reflexão razoável, enquanto a segunda seria o hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência. Afigura-se como uma técnica do pensamento problemático, que opera sobre aporias – questões estimulantes e iniludíveis que designam situações problemáticas insuscetíveis de eliminação.

Chama-se de problema ou aporia toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Se colocássemos o acento no sistema, os problemas seriam agrupados, de acordo com cada sistema, em solúveis e insolúveis, e estes últimos seriam desprezados como problemas aparentes. A ênfase no sistema opera, deste modo, uma seleção de problemas. Ao contrário, se colocamos acento no problema, este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. A ênfase no problema opera uma seleção de sistemas.

Buscam-se, deste modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas que nos possam levar a consequências que nos iluminem. Tal procedimento é a tópica de primeiro grau. Entretanto, sua insegurança salta à vista, o que explica que se trate de buscar um apoio que se apresenta, na sua forma mais simples, em um repertório de pontos de vista preparados de antemão. Dessa maneira, produzem-se catálogos de *topoi*, tais como: “o direito não socorre os desidiosos”, “o direito não tutela a má-fé, a própria torpeza”; “o direito não tolera o enriquecimento sem causa” ou “o direito deve conferir tratamento isonômico aos iguais”. A função dos *topoi*, tanto gerais como universais, consiste em servir a uma discussão de problemas. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para resolver o problema.

Para Viehweg (1979, p. 77), restam comprovados os limites do sistema jurídico lógico-dedutivo, visto que o centro de gravidade do raciocínio jurídico, longe de ser a subsunção, como a atividade de ordenação dentro de

um sistema perfeito, reside predominantemente na interpretação em sentido amplo e, por isto, na invenção. Isto porque, para que o sistema jurídico fosse logicamente perfeito, seria necessário garantir uma rigorosa axiomatização de todo o direito; proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria mais completamente através de um cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico (cálculo jurídico); não impedimento da admissibilidade das decisões *non liquet*; permanente intervenção do legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (calculadora) para tornar solúveis os casos que surgem como insolúveis. Mesmo assim, a escolha dos axiomas continuaria sendo logicamente arbitrária, gerando um resíduo tópico.

Como a axiomatização do direito não é suficiente para captar plenamente a estrutura da argumentação, os axiomas também não oferecem uma resposta adequada ao problema da justiça. O procedimento que isto supõe já não é de busca do direito, senão de aplicação do direito justo. Daí deflui o segundo tipo de ciência mencionado, em que não se tenta modificar a essência da *techne* jurídica. Concebe-a, consequentemente, como uma forma de aparição da incessante busca do justo. Sendo assim, o direito positivo emana desta busca pelo justo, a qual continua com base neste mesmo direito positivo, num movimento de circularidade dinamizado pela utilização das fórmulas persuasivas dos *topoi*, lugares-comuns da argumentação jurídica. Esta busca pelo justo seria o grande objeto de investigação da ciência do direito, cabendo à jurisprudência mostrar suas possibilidades, mediante o uso apropriado dos tópicos capazes de melhor atender as peculiaridades do caso concreto.

Não há como negar a associação entre tópica e justiça, pois como observa Edvaldo Brito (2005, p. 8), ao criticar os limites do raciocínio jurídico lógico-dedutivo (silogismo), adquire prestígio a tópica, que sugere evitar-se técnica que inviabilize a decisão justa, pois esta somente se conseguiria a partir dos dados materiais, buscados nos problemas, ainda que a deliberação não encontre apoio em norma legal. A teoria da justiça passa a ser entendida como uma teoria da práxis, de aplicabilidade tópica, com o que se afasta, no enfrentamento do problema de um direito justo, a pretensão jusnaturalista de aplicação lógico-dedutiva de um padrão absoluto e imutável de justiça, bem como o condenável alheamento do positivismo jurídico aos problemas de valor.

Desse modo, a teoria tópica – que concebe o pensamento jurídico como um pensamento topicamente orientado – pode comportar acepções diferentes nesse contexto: uma técnica de buscar premissas para um argumento; uma teoria quanto à natureza das premissas; e uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei.

Sofre a Tópica, contudo, severas críticas, em face das incertezas geradas no momento da interpretação/aplicação do direito.

Como uma técnica de busca de premissas, a teoria dos tópicos sustenta a consideração de todo ponto de vista possível que se relacione com a questão em pauta. É aqui que os catálogos de *topoi* podem se tornar úteis. Ilustrativo é o trabalho empreendido por Struck no sentido de juntar um catálogo de lugares-comuns reunindo itens disparatados como “a lei posterior derroga a anterior”, “não se pode pedir nada inconcebível”, “o direito não socorre os desidiosos” ou “o direito não tolera a má-fé”.

Em segundo lugar, a teoria dos tópicos considerada como teoria da natureza das premissas é de maior relevância. Segundo esta teoria, sempre que uma argumentação geral e jurídica se origina de um topos como ponto de partida, as proposições de que se parte não são verdades provadas, mas proposições plausíveis, razoáveis, prováveis ou geralmente aceitas, nos moldes do raciocínio dialético apontado por Aristóteles, em contraposição ao raciocínio apodítico.

Embora haja uma certa dose de verdade nisto, tal assertiva é generalizada demais e parcialmente falsa. Isto porque a tópica não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de justificação das interpretações e decisões jurídicas, não sendo feita justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico. Além dessa debilidade, existe também a incapacidade de a teoria tópica conferir a real importância da argumentação jurídica desenvolvida nos contextos da dogmática jurídica e dos precedentes judiciais. Decerto, uma teoria adequada da argumentação jurídica precisa incluir uma teoria tanto do status da dogmática jurídica quanto da avaliação apropriada da jurisprudência.

Além do fracasso em entender o relevo da lei, da dogmática jurídica e dos precedentes, o problema fundamental da teoria dos tópicos é sua orientação quase exclusiva de considerar a estrutura superficial de padrões de argumentos, sem empreender, contudo, uma análise lógica desses argumentos. Somente dessa última forma é que se pode compreender seu caráter de estruturas que englobam várias sentenças, inclusive aquelas normativas. Quando se examina atentamente um topos como “o direito não socorre os desidiosos” descobrem-se sentenças normativas mais específicas,

sobre as quais esses critérios não se aplicam necessariamente.

15. A Interpretação do Direito e a Lógica do Razoável

A lógica existencialista do razoável figura como uma modalidade de raciocínio jurídico pós-moderno, tendente à realização do direito justo, através do exercício de uma razão vital. O raciovitalismo se apresenta como a vertente de pensamento que se liga à filosofia da razão vital, preconizada pelo filósofo espanhol Ortega y Gasset, com amplas repercussões na esfera jurídica, através da obra de Luis Recaséns Siches.

Para Recaséns Siches (1959, p. 162-163), o homem tem natureza biológica, interage com a natureza circundante e, em razão disso, encontra-se condicionado por leis físico-naturais, que, todavia, não dão conta de toda a vida humana. Isto porque o comportamento humano é consciente e tem um sentido que não existe nos fenômenos físico-naturais. A natureza se explica e os fatos humanos podem ser compreendidos, em razão dos fins e dos valores que o ser humano escolhe para a convivência social.

Segundo ele, a vida humana nada tem de concluído ou acabado, mas deve fazer-se a si mesma. Trata-se de um fazer-se contínuo, onde há sempre um campo de ação, não predeterminado, que possibilita a opção valorativa, com certa margem de liberdade, por um caminho existencial. A partir desta visão orteguiana de vida humana, Recaséns Siches enquadra o direito entre os objetos culturais, porque criado pelo homem, considerando-o como pedaço de vida humana objetivada. Baseado nas concepções de Scheller e Hartmann, procurou, Recaséns Siches, conciliar a objetividade dos valores jurídicos com a historicidade do

direito. Se a racionalidade é a própria vida humana – a razão vital – a ciência do direito deve estudar a norma jurídica em sua historicidade, como momento da vida coletiva, ligado às circunstâncias e dentro da perspectiva por ela formada.

O significado de uma dada obra na cultura humana – arte, política ou direito – é sempre um sentido referido às circunstâncias concretas. A obra cultural deve ser considerada como um produto histórico e social intencionalmente referido a valores, pelo que o direito estaria voltado para a concretização axiológica do justo.

Enquanto o pensamento racional puro da lógica formal tem a natureza meramente explicativa de conexões entre ideias, entre causas e efeitos, a lógica do razoável tem por objetivo problemas humanos, de natureza jurídica e política, e deve, por isso, compreender ou entender sentidos e conexões de significados, operando com valores e estabelecendo as finalidades e os propósitos da ordem jurídica. É razoável, portanto, o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Para ele, a lógica dedutiva, silogística e alheia a critérios axiológicos, é imprópria para a solução dos problemas humanos. Em contrapartida, a lógica do razoável, logos do humano ou da razão vital, destina-se a compreender os assuntos humanos, buscando o sentido dos fatos e objetos, mediante operações estimativas.

Se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um enunciado para a solução de um problema humano. A norma jurídica não pode ser julgada como um fim, mas como

um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem-estar social, a dignidade, a liberdade e a igualdade. Sendo assim, a materialização destas estimativas sociais permite a realização da justiça e, portanto, do direito justo.

Como afirma Paulo Roberto Soares Mendonça (1997, p. 56), o uso da lógica do razoável inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada caso concreto. A decisão originada pela aplicação da lógica do razoável funda-se, assim, em valores socialmente relevantes.

Logo, se a aplicação de uma norma a um determinado fato concreto levar a efeitos contrários aos por ela visados, deve ser declarada inaplicável ao caso. A produção do direito não é obra exclusiva do legislador, mas também dos julgadores e administradores, visto que eles concretizam e individualizam a norma geral, levando em conta os fins da norma. As decisões têm, assim, natureza axiológica.

Sendo assim, o reviver concreto da norma fundamenta uma nova hermenêutica jurídica, porque a norma deve experimentar modificações para ajustar-se à nova realidade em que e para que é revivida. Só a lógica do razoável pode considerar esta permanente adequação do direito à vida, sendo regida por princípios de adequação não só entre a realidade e os valores, fins e propósitos, mas também entre propósitos e meios, bem como entre os meios e sua correção ética, em face das exigências de justiça.

Ao tratar do processo de interpretação de uma norma geral diante de casos singulares, bem como da individualização das consequências normativas, Recaséns Siches (1980, p. 140) referiu que “todo eso, debe caer bajo el dominio del logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto razonablemente”.

Como salienta Fábio Ulhoa Coelho (1997, p. 101), o aplicador do direito, para fazer uso da lógica do razoável, deve investigar algumas relações de congruência, indagando sobre: os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre a realidade social e os valores); os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins); os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social); os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins).

Neste sentido, o uso da lógica do razoável torna o operador jurídico capaz de perceber a realidade em função dos valores que a constituem num dado caso concreto. Pode-se imaginar um exemplo singelo. Suponha-se que o regimento acadêmico de um curso de direito proíbe a entrada de cães no interior da faculdade. Um aluno, portador de deficiência visual, pretende adentrar nas dependências da faculdade de direito, acompanhado do seu cão-guia. Caso se utilize a lógica formal dedutiva da subsunção, o intérprete do direito proibirá, literalmente, a entrada do estudante. Se for usada, no entanto, a lógica do razoável, o hermeneuta facultará o ingresso do estudante com o seu cão-guia, visto que, em face das circunstâncias do caso concreto, a finalidade da norma regimental não restará conspurcada, visto que os valores da ordem e da

segurança, indispensáveis para a realização das atividades acadêmicas, não serão atingidos por um animal devidamente adestrado, como um cão-guia.

Sendo assim, o manuseio da lógica do razoável potencializa a realização do direito justo, por exteriorizar uma operação axiológica e teleológica que se revela compatível com as especificidades histórico-culturais de cada caso concreto, tendo em vista a singularidade que envolve a vida humana.

16. A Interpretação Jurídica e a Nova Retórica

No contexto da pós-modernidade jurídica, Chaïm Perelman é considerado o fundador e o maior expoente da Retórica contemporânea. Lecionou as disciplinas de lógica, moral e filosofia do direito na Universidade de Bruxelas, no período compreendido entre 1945 e 1978. Sua obra, ainda hoje, ganha ressonância no mundo jurídico, influenciando os modelos teóricos e as práticas diuturnas dos profissionais do direito.

Decerto, Chaïm Perelman (1999, p. 33) promove a reabilitação filosófica da lógica argumentativa, marginalizada tanto pelo idealismo platônico quanto pelo racionalismo cartesiano. Rompendo também com o positivismo lógico de Frege, torna patente a insuficiência do raciocínio demonstrativo no tratamento dos problemas linguísticos, bem como a impossibilidade de aplicar uma linguagem matemática, porque exata e unívoca, para os discursos humanos.

O filósofo e jurista Chaïm Perelman começou estudando a concepção de lógica de Frege para, posteriormente, voltar-se para a análise lógica dos argumentos de valor e outros conceitos de valoração. Ele chegou à conclusão de que os julgamentos de valor nem podem ser justificados simplesmente através da observação empírica (naturalismo), nem por qualquer tipo de auto-evidência ou dedução lógica (intuicionismo). Sua convicção particular era de que havia a possibilidade de o uso prático da razão ser comprovado numa teoria geral de argumentação. Esta teoria foi denominada Nova Retórica, por retomar a tradição da antiga retórica de Aristóteles, Cícero e Quintiliano.

A Nova Retórica. de Chaïm Perelman. se insurge contra as consequências de uma abordagem positivista no que se refere às possibilidades da argumentação racional dos valores, a fim de evitar que dilemas, escolhas e decisões sejam afastados do campo da racionalidade humana. Neste sentido, o filósofo belga critica o modelo teórico que privilegia apenas a demonstração e o raciocínio lógico-matemático, como caminhos para a obtenção da verdade, o que acaba por relegar ao voluntarismo todas as opções axiológicas, fundamentais nos planos político e jurídico.

Ao refutar a concepção moderna de razão, estruturada a partir das filosofias racionalistas do século XVII e ainda presente no positivismo lógico do século XX, Perelman (1998, p. 142) busca valorizar meios de prova distintos do modelo dedutivo-silogístico. Sendo assim, a valorização de outros meios de produzir convencimento reclama a elaboração de uma teoria da argumentação, capaz de descortinar um caminho diferente da demonstração, pedra de toque do funcionamento da lógica cartesiana tradicional, insuficiente para o tratamento das controvérsias humanas. Ao enfatizar a dimensão retórica, Perelman se propõe a investigar o modo de desenvolvimento racional da argumentação, perquirindo as técnicas capazes de permitir a adesão de teses sustentadas perante um determinado auditório.

Decerto, o conceito básico de sua teoria é o conceito de audiência ou auditório, entendido como o agrupamento daqueles a quem o orador deseja influenciar com sua argumentação. O objetivo de cada argumentação seria conquistar ou fortalecer a adesão da audiência. Para realizar esse objetivo, o orador tem de adaptar seu discurso à audiência. Daí surge uma importante regra da argumentação: a argumentação é uma função da audiência.

É o papel da audiência que distingue argumentação de demonstração. Perelman entende por demonstração a dedução lógica. Dentro de um cálculo lógico, uma prova consiste em derivar uma fórmula de dadas ações de acordo com regras fixas de inferência. O resultado será correto ou incorreto independentemente do acordo de qualquer audiência. Os lógicos são livres em sua escolha de axiomas, bem como a prova do lógico só vale dentro do seu próprio sistema. Ao contrário, quem argumenta precisa assegurar a concordância da audiência tanto para as premissas quanto para cada passo da prova ou transição das afirmações feitas no contexto de uma justificação. Assim sendo, o elo entre a conclusão e as premissas requer um acordo.

Perelman designa como audiência universal uma audiência que só pode ser convencida por argumentos racionais. Neste sentido, a concordância da audiência universal é o critério de racionalidade e objetividade na argumentação. A audiência universal pode ser definida como a totalidade de seres humanos razoáveis, ou seja, seres humanos no estado em que se encontrariam se houvessem desenvolvido sua capacidade de argumentação.

Para ele, as premissas do raciocínio jurídico não são previamente dadas, mas, em verdade, são escolhidas pelo orador. O interlocutor que as elege (v.g., o advogado, o promotor, o juiz) deve, de início, buscar compartilhá-las com o seu auditório (e.g., juiz, tribunal, júri, opinião pública). Em seu cotidiano, o operador do direito é instado a formular argumentos a fim de convencer o interlocutor da tese sustentada. Ele observa que, na tomada de uma decisão judicial, ao contrário do que defendiam os positivistas, são introduzidas noções pertencentes à moralidade, mediante o uso dos chamados *topoi*, aos quais o julgador pode recorrer

como premissas compartilhadas pela comunidade jurídica, para a justificação racional de um ato decisório. A utilização destes *topoi*, no processo de argumentação judicial, remete à necessidade de uma escolha valorativa do hermeneuta, que se orienta pelo potencial justificador e racionalizador para a tomada de uma decisão.

Quem apela para a audiência universal está apelando para si mesmo, pois também o orador é membro desta audiência, daí por que as afirmações em que não acredita e as sugestões que não aceita são excluídas da argumentação diante do auditório universal (princípio de sinceridade e de seriedade). Quem deseja convencer a todos precisa ser não partidário, o que pressupõe a apresentação de quaisquer argumentos contrários (princípio da imparcialidade). Quem deseja convencer a todos só pode propor normas que todos possam aceitar (princípio da universalizabilidade).

Ao sublinhar que a argumentação está vinculada a atitudes e convicções dos interlocutores, situando-a num contexto histórico-social específico, Perelman sustenta que é impossível designar conclusivamente uma solução como a única correta. Dessa descoberta, ele deduz mais alguns padrões importantes de argumentação dirigidos para a audiência universal: de um lado, o postulado de abertura ao criticismo e a condição de tolerância (resultado da natureza provisional de cada resolução), e, de outro lado, o princípio da inércia (uma opinião aceita no passado não deve ser abandonada outra vez sem haver razão suficiente), verdadeiro alicerce da estabilidade da vida social e intelectual.

Na perspectiva da Nova Retórica, os conflitos em torno do direito justo e de seus possíveis enfoques podem ser dirimidos através de um método argumentativo, em que se utilizem os *topois* de maior potencial persuasivo e, portanto, mais adequados para as singularidades do

caso concreto. Logo, todas as oportunidades devem ser fornecidas para os partícipes do diálogo jurídico, a fim de que, através do debate dos valores envolvidos, haja um consenso sobre a opção hermenêutica mais razoável e potencialmente mais justa.

Como bem assinala Karl Larenz (1989, p. 206), deve o jurista elaborar uma lógica dos juízos de valor, que apresente, como ponto de partida, o modo como as pessoas raciocinam sobre valores, o que reclama o uso de uma teoria da argumentação, pelo que se torna evidente o mérito de Chaïm Perelman, ao legitimar novamente a discussão sobre o conceito de justiça, dentro das exigências de cientificidade do conhecimento jurídico.

Neste sentido, é a discussão racional acerca dos valores mais ou menos aceitos no processo de argumentação jurídica, que constitui o objeto do conhecimento sobre a justiça, visto que a pesquisa sobre o significado do direito justo remete a valores histórico-culturais que, por serem relativos, diferentemente do que propugnava o jusnaturalismo moderno, sofrem os influxos do tempo e do espaço.

Como bem refere Perelman (1999, p. 34), embora seja ilusório enumerar todos os sentidos possíveis de justiça concreta, em face de todas as proposições acerca do conteúdo do direito justo, propõe o autor uma síntese das concepções mais correntes, muitas delas de caráter aparentemente inconciliável. São elas: a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição; e a cada qual segundo o que a lei atribui.

Segundo a fórmula de justiça a cada qual a mesma coisa, todos os seres considerados devem ser tratados da mesma forma, sem levar em conta nenhuma das

particularidades que os distinguem. Seja-se jovem ou velho, virtuoso ou criminoso, doente ou saudável, rico ou pobre, nobre ou rústico, culpado ou inocente, é justo que todos sejam tratados, em absoluto, sem qualquer discriminação, remetendo a uma ideia de uma igualdade perfeita, cuja realização se afigura muitas vezes inviável.

Com base na concepção a cada qual segundo seus méritos, não se exige a igualdade absoluta de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca da pessoa humana.

De acordo com a fórmula de justiça a cada qual segundo suas obras, requer-se um tratamento proporcional, através de um critério que não é moral, pois não se leva em conta a intenção ou eventuais sacrifícios, mas unicamente o resultado da ação. É esta concepção que admite, por exemplo, variantes no pagamento de salários e na aplicação de exames ou concursos.

Com base na concepção a cada qual segundo suas necessidades, em vez de levar em conta o mérito ou a produção, tenta-se, sobretudo, diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. Trata-se de uma fórmula de justiça que muito se aproxima da caridade. Leva-se em conta um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem, v.g., através da proteção jurídica do trabalho e do trabalhador.

Quando se utiliza a proposição a cada qual segundo a sua posição, depara-se com uma fórmula aristocrática de justiça, pois consiste ela em tratar os seres conforme pertença a uma ou outra determinada categoria de seres. Em vez de ser universalista, reparte os homens em categorias diversas que serão tratadas de forma diferente, como, por exemplo, sucedeu na sociedade

estamental da idade média ou na sociedade de castas do povo hindu.

A fórmula cada qual segundo o que a lei atribui pode ser traduzida na paráfrase do célebre brocardo romano *suum cuique tribuere*. O julgador é justo quando aplica às mesmas situações as mesmas leis e regras de um determinado sistema jurídico. Trata-se de uma justiça estática, baseada na manutenção da ordem estabelecida.

Segundo ele, a utilização de qualquer uma destas fórmulas de justiça pelo julgador depende das circunstâncias específicas do caso concreto, figurando como *topoi*, com maior ou menor persuasivo, sem que seja possível, de antemão, priorizar a prevalência da igualdade absoluta, do mérito, da obra, da necessidade, da posição ocupada ou da distribuição de direitos e deveres atribuída pela lei.

Para Perelman, deve-se investigar ainda o que há de comum entre estas concepções de justiça mais correntes. Somente assim, afigura-se possível determinar uma fórmula de justiça sobre a qual será realizável um acordo prévio e unânime. A noção comum constitui uma definição da justiça formal ou abstrata, enquanto cada fórmula particular ou concreta da justiça já examinada consubstancia um dos inumeráveis valores da justiça formal.

A noção de justiça sugere a todos a ideia de certa igualdade. Este elemento conceitual comum permite afirmar que todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem a mesma característica essencial (e.g., mesmo mérito, mesma necessidade, mesma posição social), que se deva levar em conta na administração da justiça.

Sendo assim, os seres que têm em comum uma característica essencial farão parte de uma mesma categoria – a mesma categoria essencial. As seis fórmulas de justiça concreta diferem pelo fato de que cada uma delas considera uma característica diferente como a única que se deva levar em conta na aplicação da justiça.

Com efeito, pode-se definir a justiça formal ou abstrata como um princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma. Trata-se de uma noção puramente formal, porque esta definição não diz nem quando dois seres fazem parte de uma categoria essencial, nem como é preciso tratá-los. Ademais, não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça para fórmulas diferentes de justiça concreta.

Para Perelman (1999, p. 71), o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível. A aplicação da justiça formal exige a determinação histórico-cultural das categorias consideradas essenciais, aquelas que se levam em conta para a realização da justiça.

De outro lado, quando aparecem as antinomias de justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorre-se à equidade. Serve-se da equidade como muleta da justiça. Esta é o complemento indispensável da justiça formal, toda vez que a aplicação desta se mostra impossível. Consiste a equidade numa tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma

mesma categoria essencial. Ela nos incita a não levar em conta unicamente uma característica essencial na realização da justiça. Apela-se também para a equidade toda vez que a aplicação da mesma fórmula de justiça concreta, em circunstâncias diferentes, conduz a antinomias que tornam inevitável a não conformidade com exigências da justiça formal, v.g, um artesão, num período inflacionário, que tenha se comprometido a entregar uma obra, por um salário equivalente ao de um operário qualificado.

Ademais, o caráter arbitrário dos valores que fundamentam um sistema normativo, a pluralidade e a oposição deles, a inexistência de um valor irresistível, desigualdades naturais do ser humano, fazem com que um sistema de justiça necessário e perfeito, nos moldes jusnaturalistas, seja irrealizável. Assim é que, embora a justiça pareça ser a única virtude racional, que se opõe à irregularidade dos nossos atos, à arbitrariedade das nossas regras, não se deve esquecer que sua ação mesma é fundamentada em valores arbitrários e irracionais.

Em face de tudo quanto foi exposto, na visão de Chaïm Perelman, a justiça não se apresenta como um valor absoluto, mas, sobretudo, relativo e, portanto, insuscetível de ser definido pelo conhecimento, variando em conformidade com o conjunto de crenças de cada indivíduo. Sendo assim, a solução para o problema do direito justo deve ser construída no âmbito da razoabilidade prudencial do diálogo e da prática dos processos argumentativos. Conclui, então, pela existência de duas modalidades de justiça: a formal, que compreende o princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma, e a concreta, que não admite um

prévio acordo, porque considera uma característica essencial como a única existente.

Ao sublinhar o conteúdo axiológico das formações discursivas, inclusive no direito, Perelman lança as bases para o exercício de uma racionalidade dialógica e processual. Os discursos humanos, mormente no campo jurídico, adquirem uma natureza argumentativa, sendo endereçados à persuasão de um auditório universal. O convencimento dos juristas e atores sociais passa a depender da legitimidade das opções hermenêuticas, medida por sua adequação aos valores socialmente aceitos. No plano do direito, a argumentação permite o jogo dialético de escolhas e conclusões, potencializando o debate acerca da razoabilidade das propostas interpretativas. A perspectiva retórico-discursiva desemboca, assim, na compreensão de um ordenamento jurídico aberto, dinâmico e flexível, capaz de acompanhar as novas circunstâncias sociais e embasar a decidibilidade dos conflitos intersubjetivos.

Com efeito, no exercício da práxis do direito, o julgador deve adotar uma decisão razoável e motivada, recusando tanto a intuição evidente, quanto o voluntarismo arbitrário. Para tanto, é instado a selecionar as fontes normativas e modular o alcance da interpretação, justificando suas opções com base na força persuasiva e aceitabilidade social das teses jurídicas. Dispõe, assim, da faculdade de erigir os argumentos mais convincentes, priorizando os valores que melhor se coadunam com a justiça concreta. Exercitando a argumentação jurídica, o julgador cristaliza o entendimento mais razoável perante o caso *sub judice*, propondo a adesão de seus interlocutores – a comunidade jurídica.

Deste modo, os juristas procuram conciliar as técnicas de raciocínio jurídico com a justiça e a legitimidade da

interpretação jurídica. Logo, assim como a matemática orientou o racionalismo clássico, com o advento da Nova Retórica de Chaïm Perelman, também o direito logrou oferecer uma metodologia complementar aos saberes que reservam um lugar importante para a lógica argumentativa, como modo de orientar as opções hermenêuticas.

Embora Perelman possa ser objetado pela natureza imprecisa do conceito de audiência universal e pela rejeição dos métodos analíticos na análise da estrutura da argumentação, muitas das suas ideias são válidas, com muitos pontos de convergência com seus antecessores. São elas: a ideia de que uma norma é capaz de generalização quando todos podem concordar com ela (auditório universal); a ligação do processo argumentativo com a dimensão histórico-social em questões de convicção e atitude; e a impossibilidade da correção absoluta, dando origem à abertura ao criticismo e à tolerância. Tais ideias se constituem em premissas fundamentais para a interpretação do direito.

Eis o grande legado deste pensador. Seu projeto filosófico consiste no desenvolvimento de uma teoria da argumentação apta a orientar a racionalidade prática da interpretação do direito. Sendo assim, a Retórica oferece o método adequado à reflexão crítica do direito e, consequentemente, permite a abertura do fenômeno jurídico para o diálogo e o consenso possível entre os atores sociais no plano hermenêutico.

17. Interpretação do Direito e Argumentação Procedimental

Dentre as mais recentes contribuições da pós-modernidade jurídica, merece registro a obra de Robert Alexy, surgida no cenário germânico, que se propõe a examinar as possibilidades de uma racionalização discursivo-procedimental para o direito justo, capaz de garantir a justiça como a correção argumentativa das proposições jurídicas.

Inicialmente, Robert Alexy (2001, p. 211) parte de uma teoria da argumentação prática geral que ele projeta para o campo do direito. O resultado é considerar o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático-geral da moralidade. Valendo-se da contribuição de Habermas, entende ele que as questões prático-morais, incluindo as jurídicas, podem ser decididas por meio da razão, por meio da força do melhor argumento e que o resultado do discurso prático pode ser racionalmente motivado, a expressão de uma vontade racional ou um consenso justificado, pelo que as questões práticas são suscetíveis de verdade e, portanto, de justiça.

O discurso jurídico figura como um caso especial do discurso prático-geral, porque são debatidas questões práticas, erige-se uma pretensão de correção, associada à ideia de justiça, e isso se faz dentro de determinados limites. O discurso jurídico não pretende sustentar que uma determinada proposição seja mais racional, mas, em verdade, que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente. Se, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso

prático-geral, por outro lado, é influenciado pelas regras e formas específicas do discurso jurídico, que exprimem, sinteticamente, a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à ciência do direito.

Para Alexy (2001, p. 295-296), existiriam 6 (seis) grupos de regras ou formas procedimentais do discurso prático racional, aplicáveis ao discurso jurídico:

> 1) as regras fundamentais, cuja validade é condição para qualquer comunicação linguística quer se trate de verdade ou correção, isto é, aplicam-se tanto ao discurso teórico quanto ao discurso prático. São elas: nenhum falante pode se contradizer (princípio da não contradição); todo falante só pode afirmar aquilo em que crê (princípio da sinceridade); todo falante que aplique um predicado f a um objeto a ou afirme juízos de valor ou de dever-ser deve estar disposto a aplicar f a qualquer outro objeto a ou a todas as situações iguais, em seus aspectos relevantes (princípio da universalidade); falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com sentidos diferentes (princípio do uso comum da linguagem);
>
> 2) as regras da razão, que definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso. Com relação às questões práticas, essas regras só são cumpridas de modo aproximado: elas referem um ideal (situação ideal de fala habermasiana), do qual deve aproximar por meio da prática e de medidas organizadoras. São elas: todo falante deve fundamentar o que afirma (regra geral de fundamentação); quem pode falar pode participar do discurso (igualdade de direitos); todos podem problematizar ou introduzir qualquer asserção no discurso (universalidade); A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou

externa ao discurso, seus direitos inerentes ao diálogo (não coerção);

3) as regras sobre a carga da argumentação, cujo sentido é facilitar e dinamizar a argumentação. São elas: quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B deve fundamentar isso; quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; quem introduz, no discurso, uma nova asserção tem, se isso lhe é pedido, de fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação;

4) as formas de argumento específicas do discurso prático. Alexy parte de que há duas maneiras de fundamentar um enunciado normativo singular (N): por referência a uma regra (R) ou então se assinalando as consequências de N (F, de *Folge* – consequência). Se é seguida a primeira via, além da regra, deve-se pressupor um enunciado de fato que descreve as condições de sua aplicação (T, de *Tatsache* – caso concreto). Se for seguida a segunda via, é preciso subentender também a existência de uma regra que diz que a produção de certas consequências é obrigatória ou é algo bom. Trata-se de sub-formas de uma forma geral de argumento que estabelece que um enunciado normativo qualquer é fundamentado apresentando-se uma regra de qualquer nível e uma razão (G, de *Ground* – razão, fundamento), o que se assemelha ao esquema básico de Toulmin: G-R-N;

5) as regras de fundamentação, que dizem respeito às características da argumentação prática e regulam como levar a cabo a fundamentação por meio das

formas anteriores. São elas: a pessoa que afirma uma proposição normativa deve poder aceitar as consequências dessa regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas (princípio da troca de papéis); as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos (princípio do consenso); toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral (princípio da publicidade); as regras morais devem poder passar na prova da sua gênese histórico-crítica, permanecendo passível de justificação racional ao longo do tempo; as regras morais devem poder passar na prova da sua gênese histórico-individual, quando estabelecidas sobre a base de condições de socialização justificáveis;

6) as regras de transição, que dizem respeito ao uso de outras formas de discurso para a resolução dos problemas do discurso prático. São elas: para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso teórico (empírico); para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise de linguagem; para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Segundo Alexy, as regras do discurso prático-geral mencionadas não garantem, contudo, que se possa alcançar um acordo para cada questão prática (problema de conhecimento), isto porque elas só podem ser utilizadas de modo aproximado; nem todos os passos da argumentação estão determinados; todo discurso depende das convicções normativas dos participantes, que são históricas e, portanto, variáveis, nem tampouco que, caso se alcançasse esse acordo, todo mundo

estaria disposto a segui-lo (problema de cumprimento). Esta dupla limitação das regras do discurso prático suscita a necessidade de estabelecer um sistema jurídico que sirva, em certo sentido, para preencher esta lacuna de racionalidade.

Divisam-se ainda três tipos de procedimentos, a ser acrescidos ao procedimento do discurso prático-geral, regulado pelas regras anteriores. O primeiro procedimento é a criação estatal das normas jurídico-positivas, o que permite selecionar algumas das normas discursivamente possíveis, afastando o risco da incompatibilidade normativa. Entretanto, nenhum sistema normativo é capaz de garantir que todos os casos sejam resolvidos de forma puramente lógica, por diversos motivos: a indefinição da linguagem jurídica; a imprecisão das regras do método jurídico e a impossibilidade de prever todos os casos possíveis. Justifica-se assim um segundo procedimento chamado de argumentação jurídica ou discurso jurídico, que, no entanto, não proporciona sempre uma única resposta correta para cada caso. É preciso então um novo procedimento chamado de processo judicial, a fim de restar, mediante a tomada de decisão, apenas uma resposta entre as discursivamente possíveis.

Ademais, Alexy (2001, p. 217) distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas – a justificação interna e a justificação externa –, de maneira que há, também, dois tipos de regras e formas do discurso jurídico.

No que se refere à justificação interna, para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal. A decisão jurídica deve ser seguida logicamente de, pelo menos, uma norma universal, junto com outras proposições. Torna-se, contudo, insuficiente nos casos complicados,

nos quais não se pode efetuar diretamente a inferência dedutiva. Então é preciso recorrer a um modo de justificação interna, que estabeleça diversos passos de desenvolvimento, de maneira que a aplicação da norma ao caso já não seja mais discutível. É preciso assim articular o maior número possível de passos de desenvolvimento discursivo.

Por outro lado, a justificação externa se refere à justificação das premissas. Estas podem ser: regras de direito positivo, enunciados empíricos (máximas da presunção racional e as regras processuais da importância da prova) e um terceiro tipo de enunciados (reformulações de normas), para cuja fundamentação é preciso recorrer à argumentação jurídica. Distinguem-se, também, seis grupos, já incluindo as regras e formas da argumentação prática geral e a regra pela qual se pode, em qualquer momento, passar da argumentação a um discurso empírico.

Alexy (2001, p. 297-299) vislumbra ainda seis grupos de argumentos interpretativos: semânticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos e sistemáticos. As formas anteriores de interpretação revelam-se frequentemente incompletas, daí resultando saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação. Formulam-se também regras de argumentação dogmática, a saber: caso seja posto em dúvida, todo enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, um argumento prático de tipo geral; todo enunciado dogmático deve ser bem-sucedido numa comprovação sistemática, tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo; se são possíveis os argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.

Por sua vez, o uso do precedente justifica-se, do ponto de vista da teoria do discurso, porque o campo do

discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si. O uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade. Eis as regras: quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito; quem quiser se afastar de um precedente assume a carga da argumentação.

Outrossim, verificam-se três formas de argumentos jurídicos usados especialmente na metodologia jurídica, casos especiais do discurso prático-geral: o argumento a *contrario sensu* (esquema de inferência válido logicamente), a analogia (exigência do princípio da universalidade) e a redução ao absurdo (consideração das consequências). Do mesmo modo que ocorre com os cânones interpretativos, o uso dessas formas só é racional na medida em que sejam saturadas e que os enunciados inseridos na saturação possam ser fundamentados no discurso jurídico.

De outro lado, a teoria da argumentação jurídica só revela todo o seu valor prático quando se afigura capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o procedimental e o normativo. O primeiro representa o lado ativo, composto de quatro procedimentos (discurso prático-geral, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial). O segundo é o lado passivo, constituído por regras e princípios. Esse modelo de direito tridimensional (regras, princípios e procedimentos) não permite atingir sempre uma única resposta correta para cada caso concreto, mas, em contrapartida, potencializa um maior grau de racionalidade prática para a obtenção do direito justo.

Sobre a principiologia jurídica, leciona Robert Alexy (2001, p. 248) que a diferença entre regras e princípios não reside simplesmente numa diferença de grau, e sim

de tipo qualitativo ou conceitual. Para ele, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, deste modo, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no campo do que é fática e juridicamente possível. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. As normas principiológicas figuram, por conseguinte, como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. A forma característica de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação.

Como bem refere Atienza (2003, p. 182), embora não seja possível construir uma teoria dos princípios que os coloque numa hierarquia estrita, Alexy concebe uma ordem procedimental frouxa entre eles, que permita sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam como fundamento para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário (como ocorreria se eles não passassem de um inventário de *topoi*). Esse novo procedimento flexível se compõe dos seguintes três elementos: a) um sistema de condições de prioridade, que fazem com que a resolução das colisões entre os princípios, num caso concreto, também tenha relevo para novos casos. As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o caso concreto de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente; b) um sistema de estruturas de ponderação que derivam da natureza dos princípios como mandados de otimização; c) um sistema de prioridades *prima facie*: a prioridade estabelecida de um princípio sobre outro pode ceder no futuro, mas quem

pretende modificar essa prioridade se encarrega da importância da prova.

Como se infere do pensamento de Robert Alexy (2002, p. 455), descortina-se um traço característico dos ordenamentos jurídicos contemporâneos: a procedimentalização do direito. Ao desenvolver uma proposta de racionalidade procedimental-discursiva para o direito, Alexy tornou possível vislumbrar o procedimento como verdadeiro direito fundamental, cuja realização oportuniza a dinamização de um espaço comunicativo necessário para o exercício de outros direitos fundamentais. A fórmula procedimental emerge, assim, como uma alternativa democrática e racional para dar conta dos problemas cada vez mais complexos que as sociedades atuais apresentam, já que implica a solução dos problemas pelo envolvimento dos interessados num debate dialético.

Conforme o magistério autorizado de Willis Guerra (1997, p. 74), diante da complexidade do mundo pós-moderno, as soluções melhores dos problemas hão de surgir do confronto entre opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico – a possibilidade de se chegar a um consenso mútuo, sem ideias preconcebidas. A procedimentalização se mostra como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender a exigências sociais, garantindo a participação coletiva e a liberdade dos indivíduos, pois não se impõem medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade.

Sendo assim, os procedimentos jurídicos (v.g., legislativo, eleitoral, negocial, administrativo,

jurisdicional) adquirem uma narratividade emancipatória, em plena consonância com os movimentos sociais, culturais e econômicos de reivindicação dos direitos fundamentais. Daí sobreleva a importância do Poder Judiciário na tomada de decisões sobre interesses coletivos e conflitos interindividuais, muitas vezes não regulamentados de forma suficiente. Para tanto, é imperioso aperfeiçoar a cidadania ativa, com instrumentos processuais como as ações coletivas (ação popular e ação civil pública) e mesmo ações diretas de inconstitucionalidade, bem como reconfigurar institutos tradicionais como a legitimidade de agir, garantindo a participação de sujeitos coletivos ou permitindo a formulação de interpretações jurídicas pelos diversos segmentos da sociedade (pluralismo jurídico) e a própria coisa julgada (vinculação para casos futuros semelhantes e possibilidade de modificação, diante da experiência adquirida em sua aplicação).

Em face de tudo quanto foi exposto, verifica-se que, para Robert Alexy, a observância dos procedimentos, combinada com a otimização valorativa dos princípios jurídicos, afigura-se como o caminho mais seguro para a fundamentação correta das proposições jurídicas, de molde a oferecer, no plano da argumentação discursiva, uma adequada proposta de interpretação do direito justo, harmonizando a legalidade com a legitimidade, como pilares indissociáveis do Estado Democrático de Direito.

PARTE III

TÓPICOS ESPECIAIS DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

18. Hermenêutica, Integração do Direito e o Problema das Lacunas Jurídicas

No campo da hermenêutica jurídica, entende-se por integração do direito a atividade de preenchimento das lacunas jurídicas, que são vazios ou imperfeições que comprometem a ideia de completude do sistema jurídico.

A integração do direito é um tema cuja compreensão exige a análise da completude do sistema jurídico. É indispensável saber se o sistema jurídico é completo ou incompleto, vale dizer, se ele pode alcançar todos os campos das interações sociais ou se há condutas não alcançadas pela ordem jurídica.

Podemos visualizar duas grandes correntes: aqueles que defendem um sistema jurídico fechado (completo) e, de outro lado, aqueles que visualizam um sistema jurídico aberto (incompleto), e, consequentemente, lacunoso.

O principal argumento em favor da completude do sistema jurídico consiste na utilização do raciocínio lógico, segundo o qual “tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”.

Há doutrinadores que, por sua vez, situam o problema das lacunas jurídicas no campo da jurisdição, considerando a atuação do julgador. Os doutrinadores negam, assim, a existência de lacunas, visto que o magistrado nunca poderá eximir-se de julgar, alegando a falta ou a obscuridade da lei. Ao decidir um caso concreto, o juiz já estaria criando uma norma individualizada para o conflito de interesses e, portanto,

oferecendo a resposta normativa capaz de assegurar a completude do sistema jurídico.

Salvo melhor juízo, defendemos a ideia de que o sistema jurídico é aberto, porque o direito é um fenômeno histórico-cultural e submetido, portanto, às transformações que ocorrem no campo dinâmico dos valores e dos fatos sociais. Decerto, o legislador não tem como prever e regular a totalidade das relações sociais.

Sendo aberto (incompleto) o sistema jurídico, poder-se-ia falar da existência das seguintes lacunas jurídicas: normativas, fáticas e valorativas.

A lacuna normativa se configura toda vez que inexiste norma regulando expressamente um dado campo da interação social, como sucede com o comércio eletrônico no Brasil, ainda carente de uma regulação normativa expressa mais minudente.

A lacuna fática ocorre quando as normas jurídicas deixam de ser cumpridas pelos agentes da realidade social, evidenciando o fenômeno da revolta dos fatos contra o sistema jurídico, o que ocorre com o descumprimento de eventual legislação municipal que exige que o cliente não aguarde mais do que 15 (quinze) minutos nas filas bancárias.

A lacuna valorativa se verifica quando a norma jurídica vigente não é valorada como justa, não estando em conformidade com os valores socialmente aceitos, o que sucede com a legislação tributária em geral, por ser considerada excessivamente onerosa para o contribuinte, não realizando justiça fiscal.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o sistema jurídico é lacunoso, mas ele próprio oferece mecanismos para preencher as referidas. São os chamados instrumentos de integração do direito: a analogia; os costumes; os princípios gerais do direito; e a equidade.

A analogia é a aplicação de uma norma jurídica que regula um determinado caso concreto à outra situação fática semelhante, o que ocorre quando se aplicam as disposições do Código Civil que regulam os contratos celebrados na realidade concreta para as avenças firmadas no universo virtual da rede mundial de computadores.

Os costumes, além de figurarem como fonte do direito, podem também apresentar-se como elemento de integração da lei, especialmente quando a norma legal expressamente autorize, o que sucedia com a integração consuetudinária do conceito de tapume, dentro do Código Civil anterior.

Os princípios gerais de direito são diretrizes éticas, implícitas ou expressas na legislação, que apontam para a realização dos valores e finalidades maiores da ordem jurídica, potencializando a tomada de decisões mais justas, mormente nas hipóteses de lacunas valorativas, como sucede com a aplicação dos princípios da insignificância no direito penal e da proibição do enriquecimento sem causa no direito civil.

A equidade consiste na aplicação prudente pelo julgador do seu sentimento de justiça, ao observar as singularidades de um dado caso concreto, como sucede com a Lei da Arbitragem no Brasil, que autoriza o uso do juízo equitativo na resolução de conflitos de interesses.

19. Hermenêutica e o Problema das Antinomias Jurídicas

No plano hermenêutico, a teoria das antinomias jurídicas está ligada ao problema da coerência do sistema jurídico. Para que um sistema seja coerente, é necessário que os seus elementos não entrem em contradição entre si.

No direito, os elementos que compõem um sistema jurídico podem entrar em conflito, surgindo, assim, as chamadas antinomias jurídicas. Geralmente isso ocorre quando diferentes normas jurídicas permitem e proíbem um mesmo comportamento, o que suscita uma situação de indecidibilidade que requer uma solução.

No que se refere à classificação das antinomias jurídicas, podemos falar de antinomias próprias e de antinomias impróprias (teleológica, valorativa, principiológica e semântica).

As antinomias próprias se verificam toda vez que uma norma jurídica proíbe uma dada conduta enquanto outra norma jurídica faculta a mesma conduta, o que ocorre quando um soldado recebe a ordem de um oficial para fuzilar um prisioneiro, sendo crime tanto descumprir a ordem do superior hierárquico quanto praticar o delito de homicídio.

As antinomias impróprias são aquelas contradições mais sutis entre as normas jurídicas, envolvendo o conflito de valores, finalidades, sentidos e terminologias do sistema jurídico.

A antinomia imprópria teleológica ocorre quando uma norma jurídica estabelece os meios para a aplicabilidade de outra norma jurídica, mas os meios oferecidos se

revelam incompatíveis com o fim previsto na norma originária, como sucede com a lei que fixa o valor atual do salário mínimo, não atendendo às necessidades vitais do trabalhador, aludidas na norma constitucional do art. 7º da Constituição de 1988.

A antinomia imprópria valorativa sucede toda vez que ocorre uma discrepância entre os valores cristalizados por duas ou mais normas jurídicas, quando a ordem jurídica pune mais severamente uma infração social branda e mais levemente uma infração social mais grave, como ocorre com a punição mais severa dos crimes de furto e roubo, quando comparada com a punição dos crimes contra a Administração Pública, no Código Penal brasileiro, potencialmente mais lesivos para o conjunto da sociedade.

A antinomia imprópria principiológica se verifica toda vez que os princípios jurídicos entram em colisão, sinalizando soluções diversas para o intérprete/aplicador do direito, como sucede com o conflito entre os princípios constitucionais da liberdade de informação e da vida privada das autoridades públicas.

A antinomia imprópria semântica surge toda vez que uma mesma palavra comporta diferentes sentidos, a depender do ramo jurídico em que é utilizada, como sucede com a palavra posse no direito civil e no direito administrativo.

Diante da ocorrência de antinomias jurídicas, deverão ser utilizados os critérios de solução, hierárquico, cronológico e da especialidade. De todos estes critérios, o mais importante é o hierárquico, prevalecendo, inclusive, sobre todos os demais.

Pelo critério hierárquico, havendo antinomia entre uma norma jurídica superior e uma norma jurídica inferior, prevalece a norma jurídica superior, dentro da

concepção piramidal e hierarquizada do sistema jurídico. Por exemplo, havendo conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, prevalece a Constituição, por ser um diploma normativo de hierarquia superior.

Pelo critério cronológico, havendo antinomia entre a norma jurídica anterior e a norma jurídica posterior que verse sobre a mesma matéria, ambas de mesma hierarquia, prevalece a norma jurídica posterior. Por exemplo, o antigo conflito entre o Código Civil de 1916 e o Código de Defesa de Consumidor de 1990 se resolveu em favor da legislação consumerista.

Pelo critério da especialidade, havendo contradição entre uma norma jurídica que regule um tema genericamente e uma norma que regule o mesmo tema do modo específico, sendo ambas de mesma hierarquia, prevalece a norma jurídica especial. Por exemplo, a eventual contradição entre o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, em matéria de gratuidade do transporte interestadual e intermunicipal, é solucionado em favor do segundo diploma legal, que se revela mais específico para a tutela das relações dos consumidores de terceira idade.

Para a solução das antinomias principiológicas, recorrer-se-á ao uso da ponderação.

Durante muito tempo, sob a égide de uma visão positivista do direito, a subsunção se afigurou como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos); e a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se esta espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de direito (v.g., art. 40, da CF/88 – aposentadoria compulsória do servidor público que completa 70 anos),

revela-se, no entanto, insuficiente para lidar com o uso hermenêutico dos princípios jurídicos, como fundamentos para a decidibilidade de conflitos.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins muitas vezes distintos, apontando para soluções diversas e contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, pode incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumental metodológico para aplicação do direito: a ponderação.

Com efeito, a ponderação consiste numa técnica jurídica de interpretação e decisão, aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção figura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas que sinalizam soluções diferenciadas.

Sendo assim, o processo cognitivo da ponderação pode ser decomposto em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso concreto, identificando eventuais conflitos entre elas. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Por sua vez, na segunda etapa, cabe examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso concreto e sua interação com os elementos normativos, daí a importância assumida pelos

fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma. Enfim, na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, pois, qual o grupo de normas deve preponderar no caso concreto.

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão versus proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família, ao tratar do eventual controle da programação de televisão; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação versus políticas públicas de proteção da saúde, em torno da restrição da publicidade de cigarro; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas.

A existência de ponderação não priva, contudo, a doutrina e a jurisprudência de buscar parâmetros de maior objetividade para a sua aplicação, até porque não elide, por completo, as avaliações subjetivas e preferências pessoais do hermeneuta (pré-compreensão), ainda que não se admita o exercício indiscriminado e arbitrário da interpretação jurídica (voluntarismo hermenêutico). Com efeito, aponta-se a necessidade do exercício de uma competente

argumentação jurídica, para a demonstração adequada do raciocínio desenvolvido e a garantia da legitimidade da opção hermenêutica, adquirindo inegável relevo o art. 93, IX, da CF/88, que trata da exigência de fundamentação das decisões jurídicas.

Isto porque, quando uma decisão envolve a técnica ponderativa dos princípios, o dever de motivar torna-se ainda mais premente e necessário, visto que o intérprete percorre um caminho mais longo e tortuoso para chegar à solução. É, portanto, dever do hermeneuta guiar a comunidade jurídica por esta viagem, descrevendo, de modo minudente, as razões que justificam uma dada direção ou um dado sentido para a interpretação do direito.

20. Interpretação do Direito e as Cláusulas Gerais

Um dos aspectos marcantes da interpretação do direito pós-moderno diz respeito à progressiva adoção das cláusulas gerais como receptáculos normativos de princípios constitucionais e infraconstitucionais. Em face disto, revela-se imprescindível a compreensão do papel da cláusula geral como técnica legislativa adequada para a conformação dos princípios aplicados ao processo e a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Os estudos sobre as cláusulas gerais vêm despertando a doutrina e a jurisprudência brasileiras a exigir a construção de novos modelos cognitivos para a interpretação e aplicação do direito. A adoção desta técnica legislativa, no âmbito constitucional e infraconstitucional, reclama a configuração de um paradigma interpretativo desvinculado das matrizes positivistas da modernidade jurídica.

Seguindo o magistério de Alberto Jorge Junior (2004, p. 123), pode-se dizer que as cláusulas gerais funcionam no interior dos sistemas jurídicos, mormente os codificados como elementos de conexão entre as normas rígidas (pontuais) e a necessidade de mudança de conteúdo de determinados valores, em meio a um ambiente social em transformação, operando, dentro de certos limites, a adaptação do sistema jurídico (aberto) às novas exigências na interpretação desses valores.

Decerto, o direito moderno foi concebido como um sistema fechado e, portanto, impermeável ao mundo circundante e ao poder criador do hermeneuta. Acreditava-se que a perfeita construção teórica e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos legais

bastariam para a segura apreensão da realidade. Esta noção de um sistema hermético era dominada pelas pretensões de completude e coerência do diploma legislativo, ao prever soluções aos variados aspectos da vida social. Outrossim, o direito moderno foi marcado pela busca de uma linguagem precisa na exteriorização das regras jurídicas. Empregando a técnica da casuística ou tipificação taxativa, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas consequências jurídicas, a linguagem do legislador dispensaria a comunicação do sistema jurídico com fatores ideológicos, econômicos ou políticos. Deste modo, a disciplina dos novos problemas exigiria a sucessiva intervenção legislativa, a fim de resguardar a plenitude lógica da ordem jurídica.

Não é este, contudo, o modelo mais adequado aos sistemas jurídicos contemporâneos, cujas características passam a demandar a adoção de novos pressupostos metodológicos e técnicas legislativas mais compatíveis com a cultura pós-moderna. O delineamenro do direito como um fenômeno plural, reflexivo, prospectivo e relativo exige que a ordem jurídica seja concebida como uma obra dinâmica, permitindo a constante solução e incorporação de novos problemas. Sendo assim, utilizam-se modelos jurídicos abertos, que figuram como janelas para captar o trânsito da vida social, através das chamadas cláusulas gerais.

Neste sentido, a técnica legislativa das cláusulas gerais conforma o meio hábil para permitir o ingresso no direito de elementos como valores, arquétipos comportamentais, deveres de conduta e usos sociais. Com as cláusulas gerais, a formulação da hipótese legal é processada mediante o emprego de uma linguagem eivada de significados intencionalmente vagos ou ambíguos, geralmente expressos em conceitos jurídicos indeterminados.

Não raro, o enunciado das cláusulas gerais, ao invés de descrever rigorosamente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, ensejando, pela abertura semântico-pragmática que caracteriza os seus termos, a inserção no diploma legal de pautas de valoração oriundas do substrato social.

Sendo assim, segundo Judith Martins-Costa (2002, p. 121), erige-se uma opção metodológica por uma estrutura normativa concreta, destituída de qualquer apego a formalismos ou abstrações conceituais, abrindo margem para o trabalho do juiz e da doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores de compreensão ética ou conceitos amortecedores, quais sejam, os da boa-fé, dignidade, solidariedade, razoabilidade, probidade, equidade, interesse público, bem comum, bem-estar, fim social e justiça.

Não pretendem as cláusulas gerais apresentar, previamente, resposta a todos os conflitos da realidade cambiante, visto que as opções hermenêuticas são progressivamente construídas pela jurisprudência e doutrina. Ao remeterem o intérprete a outros espaços do sistema normativo ou a dados latentes na sociedade, as cláusulas abertas apresentam, assim, a vantagem da mobilidade proporcionada pela imprecisão de seus termos, mitigando o risco do anacronismo jurídico, como a revolta dos fatos e valores contra a lei.

Como exemplo de utilização de cláusula geral no processo civil brasileiro, pode ser citado o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se, pois, da cláusula geral que enuncia o devido processo legal, conferindo ao cidadão a tutela das garantias processuais e a preservação da regularidade formal e material do processo.

21. Interpretação do Direito e as Máximas de Experiência

As regras/máximas de experiência constituem recurso tradicional de controle da atividade judicial, mormente na apreciação da prova, sendo previstas pelo art. 375 do Código de Processo Civil brasileiro, ao preceituar que, em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a essa, o exame pericial.

Sobre o tema, assevera Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 312) que o juiz, ao valorar a credibilidade de uma prova e a sua idoneidade para demonstrar um fato, baseia-se na sua experiência, que deve ser entendida como a experiência do homem médio, que vive em determinada cultura em certo momento histórico. Nestes casos, o juiz socorre-se do senso comum, e particularmente no que interessa ao raciocínio que pode dar origem à presunção, ao partir de um fato indiciário para chegar ao fato principal, vale-se de conhecimentos que devem estar fundados naquilo que comumente ocorre na sociedade ou que possuem fontes idôneas e confiáveis. As regras de experiência, também denominadas máximas de experiência, são, pois, o fruto daquilo que comumente acontece.

A verificação de uma regra/máxima de experiência exige, além da reiteração de acontecimentos, a formulação pelo julgador de um juízo genérico e abstrato de que uma dada sequência de fatos se revela capaz de conduzir ao entendimento válido para casos posteriores. São, portanto, extraídas indutivamente e aplicadas

dedutivamente pelo magistrado, diante de fatos similares.

Com efeito, as regras/máximas de experiência não se referem exclusivamente às vivências pessoais do julgador, pertencendo também ao repositório comum de crenças, valores e padrões comportamentais da comunidade jurídica, como fenômenos histórico-culturais passíveis de serem observados e internalizados por aqueles que vivenciam uma dada ambiência social.

Saliente-se ainda que as regras/máximas de experiência não se confundem com os chamados fatos notórios. Decerto, as regras/máximas de experiência resultam de observações de um indivíduo sobre vários fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito, enquanto o fato notório não é uma repetição de vários fatos, mas, isto sim, a certeza do acontecimento em relação a um só fato. Nas regras/máximas de experiência, o que se reitera são os fatos, observados por um indivíduo, enquanto no fato notório o que se repete são os observadores de um só acontecimento.

No campo probatório do direito processual, as regras/máximas de experiência se apresentam como recursos importantes para o convencimento judicial, permitindo a compreensão das alegações e dos depoimentos das partes, a apreciação da prova documental, a inquirição das testemunhas, o estabelecimento de uma conexão entre indícios e fatos. Ademais, podem ser usadas como mecanismo para inversão do ônus da prova, pelo exame de verossimilhança das teses apresentadas, bem como para a constatação da evidência ou impossibilidade de um fato.

A utilização das regras/máximas de experiência não se esgota como mecanismos de apuração dos fatos, desempenhando também uma importante tarefa no

momento de interpretação e aplicação dos modelos normativos às situações concretas.

Como bem assinala José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 66-67), que as regras/máximas de experiência, em matéria probatória, propiciam a formação de presunções judiciais e a valoração das provas aduzidas. Aqui, são elas instrumentos de apuração dos fatos, enquanto, na delimitação dos conceitos jurídicos indeterminados, atuam como instrumentos da subsunção, isto é, da operação pela qual os fatos recebem, mediante o confronto com o modelo legal, a devida qualificação jurídica.

Sendo assim, no plano decisório do direito processual, não há como negar que as regras/máximas de experiência serão corporificadas no momento de tomada de uma decisão judicial, visto que a delimitação do substrato probatório pela experiência do magistrado atuará como elemento de pré-compreensão, influenciando a escolha por uma dada opção hermenêutica, sempre aberta para os valores e fatos que integram a realidade circundante. O hermeneuta não pode, assim, desprezar as regras/máximas de experiência ao proferir uma dada decisão, devendo, ao valorizar e apreciar as provas dos autos, servir-se daquilo que comumente acontece na vida social.

22. Interpretação do Direito e os Conceitos Jurídicos Indeterminados

Entende-se por conceitos jurídicos aquelas ideias gerais, dotadas de pretensão universal, geralmente sintetizadas pelo doutrinador e passíveis de aplicação nos mais diversos ramos do conhecimento jurídico.

Como assinala Orlando Gomes (1955, p. 245), a técnica jurídica figura como um conjunto de meios e processos intelectuais destinados a revelar o direito, compreendendo conceitos, terminologias, classificações, construções e ficções. Dentre os mencionados instrumentos cognitivos, sobreleva o papel do conceito no plano do conhecimento jurídico.

Na sua maioria, os conceitos jurídicos são mutáveis, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. Não são unicamente aquelas construções do espírito destinadas a sintetizar as soluções do direito positivo, mas também abstrações que esquematizam a realidade emergente dos dados da vida social.

Para Eros Roberto Grau (2002, p. 212), são tidos como indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos, razão pela qual necessitam ser complementados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como conceitos carentes de preenchimento com os dados extraídos da realidade. Segundo ele, a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” não se revela adequada dentro de uma rigorosa teoria do conhecimento. Em verdade, não se trata de conceito jurídico indeterminado, mas sim de termo indeterminado, visto que a indeterminação referida não

é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões, sendo, pois, mais adequado reportar-se a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos indeterminados.

Com efeito, do ponto de vista gnosiológico, conceito e termo correspondem, respectivamente, às noções de significado e significante. O conceito – significado – seria, pois, um elemento intermediário entre o termo – significante – e a realidade objetiva. Sucede, entretanto, que o uso da expressão já se tornou corrente, na doutrina e na jurisprudência, mormente na seara do direito administrativo.

Sendo assim, há dois tipos de conceitos expressos nas leis: os determinados, previamente delimitados ao âmbito da realidade a que se referem, e, por outro lado, os indeterminados, fundados nos valores da experiência social. Os conceitos legais indeterminados estão presentes em vários ramos do direito, sendo traduzidos por vocábulos vagos, imprecisos e genéricos. Eles entregam ao intérprete a missão de atuar no preenchimento do seu conteúdo, a fim de que se extraia da norma jurídica o seu real significado para um dado caso concreto. Ao juiz vai caber a responsabilidade de, influenciado por valores sociais, transformá-los em conceitos legais determinados, preenchendo a indeterminação proposital da lei.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 29), a estrutura do conceito jurídico indeterminado possui, assim, o núcleo fixo ou zona de certeza positiva, a zona intermediária ou de incerteza e a zona de certeza negativa. Dentro da zona de certeza positiva, ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa, diferentemente da zona de certeza negativa, em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só teriam cabimento no intervalo entre ambas.

A construção teórica das zonas do conceito se processou a partir da metáfora, elaborada pelo jurista Philipp Heck, do conceito a um ponto de luz intenso que, ao iluminar objetos, revela alguns iluminados com menor ou maior intensidade, como também revela um rodeado de um halo, de cores pálidas, além de uma total obscuridade, onde não há incidência de feixes luminosos. Logo, sempre que temos uma noção clara do conceito, estamos situados dentro do núcleo conceitual, começando as dúvidas na região do halo conceitual.

Por sua vez, na lição autorizada de Antônio Sousa (1994, p. 151), a imprecisão do significado das palavras empregadas na lei conduz - necessariamente a uma indeterminação dos seus comandos pelo que, só em casos muito excepcionais, todo o conceito deixa de ter vários sentidos. Os conceitos absolutamente determinados seriam muito raros no direito. A regra seria a de que o conceito contivesse um núcleo de interpretação segura e uma zona periférica que principia onde termina aquele e cujos limites externos não se encontram fixados com nitidez.

A discussão sobre a questão que envolve os conceitos indeterminados empregados pelo legislador teve o seu surgimento no século XIX, na Áustria, com a produção de duas correntes antagônicas: a Teoria da Univocidade, defendida principalmente por Tezner, e a Teoria da Multivalência, de Bernatzik. Para a primeira, no preenchimento dos conceitos indeterminados, excluir-se-ia qualquer possibilidade de atuação discricionária da Administração, visto só existir uma única solução correta, possível apenas de ser encontrada através da interpretação jurídica da lavra do poder jurisdicional (ato de cognição). Por sua vez, a segunda, defende sentido contrário, admitindo a possibilidade de várias decisões certas dentro dos conceitos indeterminados, que

possibilitariam uma atuação discricionária, livre de controle jurisdicional (ato de volição).

Parece-nos, contudo, mais apropriada a adoção de uma posição intermediária entre a Teoria da Univocidade e da Multivalência, visto que se revela viável a utilização da faculdade discricionária, em razão da constatação da presença inegável de um pluridimensionalismo nesses conceitos, o qual nem sempre é dissipado pelo processo de simples interpretação subsuntiva, já que a eleição de uma das opções válidas contida na norma, diante do caso concreto, pode vir a precisar de uma ação criadora do intérprete. De outro lado, contudo, não se deve admitir a concepção de discricionariedade como a liberdade livre das amarras da lei, visto a evolução da doutrina pátria no sentido de somente concebê-la dentro dos limites normativos, mormente principiológicos, do ordenamento jurídico.

Com efeito, ocorre a transmudação dos conceitos legais indeterminados em conceitos determinados pela função que exercem em cada situação específica. Os conceitos legais indeterminados se convertem em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto, ao garantir a aplicação mais correta e equitativa do preceito normativo. Não obstante a fluidez ou imprecisão que estão previstas *in abstrato* na norma, podendo ou não se dissipar quando verificada a hipótese in concreto, propiciam os conceitos jurídicos indeterminados uma limitação da discricionariedade, tendo em vista a busca da otimização da finalidade da norma jurídica.

Quando, por exemplo, o legislador prevê as ideias de boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso de direito, resta implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o julgador deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo às

peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito na situação litigiosa. O magistrado torna-os concretos ou vivos, determinando-lhes sua funcionalidade.

Diante de tudo quanto foi exposto, verifica-se uma diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. No primeiro caso, a hipótese normativa e a providência a ser tomada pelo intérprete não estão previamente fixadas em lei, havendo, pois, um maior campo para a construção hermenêutica. No segundo caso, a hipótese normativa não está definida previamente, embora a providência final a ser tomada pelo intérprete seja fixada de antemão pela norma legal.

Sendo assim, as cláusulas gerais distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois estes, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Aquelas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao julgador parecer mais adequada, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer numa situação concreta.

Seja porque paire incerteza acerca da efetiva dimensão de seus contornos e limites, seja porque discrepe da tradição casuística da modernidade jurídica, as cláusulas gerais costumam ser criticadas pelos espíritos mais conservadores. Urge, entretanto, arejarmos a consciência jurídica tradicional, com os novos sopros de vida. A pesquisa sobre as cláusulas gerais se revela, portanto, essencial à sociedade brasileira, permitindo a concretização hermenêutica das prerrogativas do cidadão, indispensáveis ao Estado

Democrático de Direito e ao reconhecimento de uma dogmática jurídico-processual mais fluida.

23. Interpretação do Direito e o Fenômeno da Discricionariedade

O vocábulo “discricionariedade” costuma estar associado à noção do que figura como aquilo que é característico de discricionário, designando o poder que as autoridades constituídas possuem de agir com algum grau de liberdade.

Karl Engisch (1988, p. 221) refere que o autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada a decidir em concreto, porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhando como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista.

No direito administrativo clássico, a discricionariedade se afigura como um contraponto à ideia de vinculação. Com efeito, o ato administrativo vinculado se reporta à estrita legalidade, mormente no que se refere à competência, forma e finalidade da providência exigida. Havendo a constatação do que está legalmente definido de modo completo, dever-se-ia aplicar a lei. Por sua vez, o ato discricionário comportaria um juízo subjetivo, situado no campo da conveniência e oportunidade do administrador, alcançando os motivos e o objeto da providência administrativa.

A evolução doutrinária do direito administrativo passou a visualizar uma nova feição da discricionariedade, não mais atrelada ao campo do mérito do ato administrativo, vale dizer, das opções administrativas efetuadas com

base em critérios de conveniência e oportunidade, envolvendo também o tema da intelecção dos conceitos vagos ou indeterminados. A adoção do paradigma dos conceitos indeterminados representou, assim, a busca da solução mais correta, justa e razoável para o caso concreto, sob a perspectiva da otimização da finalidade normativa.

Tradicionalmente, há doutrinadores que diferenciam a discricionariedade administrativa de interpretação, especialmente diante de conceitos indeterminados ou fluidos, os quais só apresentariam tal característica, quando considerados em abstrato. A questão suscitada por tais conceitos seria meramente uma questão de interpretação, definível, como qualquer outra pelo Poder Judiciário, e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe uma certa margem de liberdade decisória para o administrador.

Em sentido contrário, parece-nos não assistir razão a esta delimitação radical. Embora um ato de intelecção e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas, ambas perfazem a ideia de discricionariedade administrativa. Na discricionariedade, há tanto um poder de intelecção quanto um poder de escolha dentre o leque de opções igualmente válidas para o ordenamento jurídico. Além de um momento intelectivo, envolve também um momento volitivo, uma capacidade criadora do agente administrativo, a qual deve pautar-se em aspectos estritamente administrativos, não estando adstrita apenas em reconhecer situações jurídicas já definidas.

Neste sentido, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 27) que o Poder Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou

imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica-se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, em conformidade com a finalidade da lei. O Poder Judiciário controla a legitimidade do ato administrativo, para examinar se a Administração atuou dentro do campo de liberdade intelectiva ou volitiva que a lei lhe proporcionava.

Podemos acrescentar que, numa perspectiva mais geral, o conceito de discricionariedade está umbilicalmente ligado à ideia de interpretação. Afastada a concepção de que a discricionariedade seja sinônimo de liberdade absoluta e de que resulte sempre e necessariamente da simples existência de indeterminação de uma norma, podemos conceituá-la como o dever-poder do aplicador, após um trabalho de interpretação e de confronto da norma com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei.

Não é outro o entendimento de Maria Helena Diniz (1991, p. 381), para quem a norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam se enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir.

Nas hipóteses de conceitos indeterminados, por exemplo, emerge necessidade de um processo de preenchimento semântico por densificação/concretização, devendo-se, então, recorrer-

se a um trabalho de interpretação geralmente envolvendo um elevado grau de complexidade lógica, visto existir, no confronto com situações concretas, um pluridimensionalismo de valores, conducente tanto a uma única decisão capaz de atingir a finalidade normativa quanto para um leque de opções consideradas válidas perante o sistema jurídico, das quais se deve extrair a que melhor perfaz o espírito da norma.

Sendo assim, só através de um esforço reconstrutivo e criativo se pode reduzir a situação de fato ao pressuposto normativo-abstrato, existindo sempre, nessa medida, uma valoração complementar do intérprete e, portanto, algo que corresponde ou se aproxima de uma escolha fundamentada entre as diversas alternativas jurídicas.

No que se refere à existência da discricionariedade judicial, verifica-se a permanência de uma acesa controvérsia no campo da ciência jurídica.

De um lado, há uma corrente de pensamento que entende que, em qualquer situação, o ato de julgar será sempre vinculado, na medida em que não há como se negar que na atividade jurisdicional existe apenas uma solução jurídica, a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis, ou meios possíveis para a consecução da aplicação da lei. Segundo esta concepção, os julgadores podem ter opiniões distintas, até mesmo opostas, sobre uma mesma questão de fato e de direito. Ainda assim, a verdade jurídica escolhida ao caso concreto afigura-se como a única solução justa a priori, ainda que venha a ser substituída em grau de recurso, pelo que essa realidade não desnatura a decisão judicial como decisão vinculada.

Em que pesem estes argumentos, parece que o ato de julgar é, sim, atividade discricionária. Ao magistrado cabe optar pela melhor interpretação do texto legal, tendo em vista a realização de seus valores e fins, figurando tal opção hermenêutica como o resultado do exercício de um poder discricionário.

Trata-se do que Ronald Dworkin (1997, p. 32) admitiu como discricionariedade em sentido fraco, entendida como a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras, diferentemente da discricionariedade em sentido forte, que significa a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados, ou seja, a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.

Não há, portanto, como negar a ideia de discricionariedade judicial, se entendermos a discricionariedade como um poder conferido ao intérprete de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normativa.

Como bem assinala Karl Engisch (1988, p. 226), de modo algum se pode afirmar *a priori* que a sede do poder discricionário seja exclusivamente a administração – que, portanto, poder discricionário e discricionariedade administrativa se identifiquem. Abstraindo de todo da "discricionariedade do legislador" e da "discricionariedade do governo", é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário judicial.

Sendo assim, o legislador se confessa impotente para prever e prover, em face da riqueza infinda do real e por isso confia no aplicador da lei. Na norma genérica está, contudo, prevista a intenção clara de que essa aplicação se faça a melhor possível, a mais certa possível, justa e adequada, às exigências do caso. Eis por que discrição não se confunde com arbítrio desordenado ou com arbitrariedade.

Discorrendo sobre o tema, Alessandro Raselli (1975, p. 388) leciona que quando o juiz exercita um poder discricionário, deve ele determinar que coisa atende à exigência referida na lei, para dar um conteúdo à vontade expressa nesta mesma lei: deve escolher, entre os vários comportamentos possíveis, aquele que melhor corresponde a esta exigência. A atividade do juiz não é uma volição completa, porque a determinação final de impor um dado comportamento é já feita pelo legislador.

Deste modo, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada dentro da legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto, como sucede, por exemplo, nas hipóteses de gradação da pena, concessão de tutela antecipada e mensuração dos danos morais.

24. Interpretação do Direito e o Papel da Jurisprudência

O termo jurisprudência é polissêmico, visto que pode designar tanto o conhecimento científico do direito quanto indicar uma das manifestações da normatividade jurídica, integrante da categoria conhecida como “fontes do direito”.

Para os limites da presente obra, o vocábulo “jurisprudência” deve ser entendido na segunda acepção, como a reiteração de julgamentos num mesmo sentido, capaz de criar um padrão normativo tendente a influenciar futuras decisões judiciais.

Neste sentido, Orlando Gomes (1977, p. 62) observa que a jurisprudência se forma mediante o labor interpretativo dos tribunais, no exercício de sua função específica. Interpretando e aplicando o direito positivo, é irrecusável a importância do papel dos Tribunais na formação do direito, sobretudo porque se lhe reconhece, modernamente, o poder de preencher as lacunas do ordenamento jurídico no julgamento de casos concretos.

Sendo assim, a jurisprudência é tradicionalmente situada como uma fonte formal e estatal do direito. Diz-se que é formal, porque a jurisprudência veicula, em seus condutos institucionais, o complexo de dados econômicos, políticos e ideológicos que se afiguram como fontes materiais do direito. Por sua vez, afirma-se a sua natureza estatal, ante a constatação de que as normas jurisprudenciais são produzidas por um órgão do Estado: o Poder Judiciário.

Nos sistemas anglo-saxônicos de *common law*, marcado pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, a jurisprudência é considerada ainda uma fonte

direta e imediata do direito, enquanto, nos sistemas romano-germânicos de *civil law*, caracterizados pela primazia da lei, a jurisprudência é vislumbrada pela maioria dos estudiosos como uma fonte indireta ou mediata do direito.

Este entendimento decorre das próprias especificidades de tais sistemas jurídicos. No *common law*, o precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, adquirindo relevo a doutrina do *stare decisis*. O efeito vinculante do precedente judicial decorre do próprio funcionamento do sistema, encontrando-se arraigado na própria compreensão da atividade jurisdicional. A seu turno, no *civil law*, esse papel preponderante é assumido pela lei, como ponto de partida para a compreensão do direito, desempenhando a jurisprudência uma função subsidiária.

Como bem assinalam Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 92), é controvertida a inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito nos sistemas romanísticos. De um lado, encontram-se aqueles que, partindo da ideia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se podem afastar. De outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão às normas jurídicas até então declaradas por qualquer das outras fontes.

Não obstante persistir aceso o debate sobre a normatividade da jurisprudência, quer parecer-nos que a sua condição de fonte do direito não pode ser negligenciada, seja nos sistemas anglo-saxônicos de *common law*, seja nos sistemas romano-germânicos de *civil law*. Isto porque, no âmbito do processo decisório, os julgadores criam uma norma jurídica para o caso

concreto, o que permite asseverar o papel criativo e construtivo do magistrado, no desenvolvimento da interpretação jurídica, bem como atribuir à jurisprudência a condição de fonte do direito, como modo de manifestação da normatividade jurídica.

Neste sentido, afirma Eros Grau (2002, p.18) que a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico: o juiz.

Não há, pois, como negar que a jurisprudência seja, inclusive, fonte imediata e direta do direito, mesmo nos sistemas romanísticos. Primeiro, porque veicula a interpretação e aplicação da norma positiva, dando-lhe inteligência e precisando o alcance do direito em tese; segundo, porque aplica os princípios gerais, a equidade, a analogia, na falta de uma norma específica e explícita; e, por último, porque tem uma força construtiva e preservativa da uniformidade dos julgados e da unidade do direito.

No sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de que jurisprudência pode figurar como fonte direta e imediata do direito é fortalecido à medida que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas, como se depreende dos seguintes fenômenos: a consagração do poder normativo da Justiça do Trabalho; o aprimoramento dos mecanismos de uniformização jurisprudencial; o prestígio das súmulas dos tribunais superiores, mormente daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal; a previsão legal da súmula impeditiva de recurso; e a positivação constitucional da súmula

vinculante, sob a inspiração da doutrina conhecida como *stare decisis*.

O papel hermenêutico da criação judicial pode ser vislumbrado com o fenômeno das mudanças jurisprudenciais.

O reconhecimento da mudança jurisprudencial só se afigura possível com a constatação de que a jurisprudência desponta como fonte de direito justo, capaz de acompanhar as exigências axiológicas da sociedade. Considerando o direito como um fenômeno histórico-cultural e o sistema jurídico como sistema aberto à realidade social, deve-se reconhecer o papel criativo e construtivo do julgador, bem como a capacidade de as decisões judiciais engendrarem uma normatividade jurídica antenada com os valores comunitários.

Decerto, as técnicas de interpretação judicial da lei variam conforme a ideologia que guia a atividade do juiz e o modo como este concebe o seu papel e a sua missão, a concepção dele do direito e suas relações com o Poder Legislativo. O papel do juiz, porém, foi concebido de maneiras bastante diversas através dos tempos.

É célebre a lição de Montesquieu (1996, p. 171) segundo a qual se os tribunais não devem ser fixos, devem-nos os julgamentos, a tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei, sendo os juízes apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Entendia-se, portanto, que o juiz deveria aplicar literalmente a lei. Tradicionalmente, na mentalidade dos juízes, especialmente nos sistemas de *civil law*, prevalecia a aplicação mecânica da lei, evitando-se, na interpretação, questões valorativas.

As teorias contemporâneas sobre interpretação jurídica abandonaram essa posição, justificando esse

papel construtivo do juiz, como fundamento para a realização da justiça. Logo, a lei passa a ser apenas uma referência, dela devendo o juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, ainda que, para tanto, tenha de construir um novo entendimento sobre a lei. É forçoso reconhecer a vitalidade da interpretação construtiva dos juízes e tribunais, pelo que a hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma, atrelada à realização axiológica do direito justo.

Tratando do tema, vislumbra Eros Roberto Grau (2002, p. 112), duas ideologias capazes de orientar a interpretação judicial: a estática e a dinâmica.

De um lado, a ideologia estática da interpretação jurídica tem como valores básicos a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, que são os chamados valores estáticos. Segundo esses valores, a norma jurídica deve possuir um significado imutável, determinado pela vontade do legislador, de modo que se deve utilizar somente as interpretações sistemática e literal, já que o conteúdo da norma é aquele positivado, que não pode sofrer alterações em nome da garantia dos mencionados valores.

A seu turno, a ideologia dinâmica da interpretação jurídica considera que a interpretação é atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da vida social. Segundo essa ideologia, portanto, a interpretação é atividade criadora. Neste sentido, há criação normativa judicial porque: a) as decisões judiciais, como as dos órgãos legislativos, possuem uma eficácia geral; b) as decisões dos juízes são normas individuais; c) a decisão judicial supõe a criação de uma norma geral que serve de justificação à sentença e que é produto da interpretação; d) em determinados casos (por exemplo, lacunas ou antinomias) os juízes, no

processo de decisão judicial, formulam normas novas, não vinculadas a textos normativos preexistentes.

Decerto, a decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei a um dado caso concreto. Assumindo a opção pela ideologia dinâmica, o ato de interpretar o direito figura como uma atividade valorativa, que revela a convicção do hermeneuta sobre a situação de fato e a norma jurídica. O juiz, quando interpreta o direito, jamais é neutro. Ele está revelando o seu conjunto de valores, que serve de inspiração na descoberta da regra ou princípio jurídico adequado ao caso concreto.

Com efeito, a prática judicial tem demonstrado que, em muitas circunstâncias, a interpretação jurídica, adaptando a lei à realidade social, conduz a uma decisão mais justa. Gradativamente, esse papel construtivo do juiz está ganhando vigor, porquanto o magistrado exerce função criadora, uma vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias relevantes, escolhendo a norma a ser aplicada de modo mais justo.

Sobre a legitimidade da mudança jurisprudencial, refere J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 1.153) que a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justifica a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais da ordem jurídico-constitucional, pelo que o reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas se afigura como um ato legítimo de interpretação constitucional.

Exemplos de mudança jurisprudencial não faltam na história do direito brasileiro, a revelar o papel criativo dos juízes e tribunais: ampliação do controle de inconstitucionalidade por omissão dos Poderes Públicos

por meio do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; reconhecimento do furto famélico, através da relativização da legalidade estrita pelo princípio da insignificância; consolidação da possibilidade do exercício abusivo dos direitos subjetivos; relativização da autonomia da vontade pela adoção da teoria da imprevisão; utilização dos princípios da boa-fé e do enriquecimento sem causa nas relações privadas; o reconhecimento da sociedade de fato antes mesmo da regulamentação legislativa da união estável; criação jurisprudencial dos institutos do abandono afetivo, dos alimentos gravídicos e da guarda compartilhada no direito de família pátrio; e a admissão da possibilidade do aborto de fetos anencefálicos a partir de uma interpretação sistemática e teleológica dos princípios constitucionais da dignidade humana e da liberdade das gestantes.

25. Interpretação do Direito e Precedentes Judiciais: O Valor do *Stare Decisis*

Etimologicamente, a expressão *stare decisis* deriva do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, que, por sua vez, significa: ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso. Afigura-se como a pedra angular dos sistemas jurídicos de *common law*, em que a decisão judicial assume a função de não só dirimir uma controvérsia, como também a de estabelecer um precedente, dotado de força vinculante, a fim de assegurar que, futuramente, um caso análogo será decidido da mesma forma.

O *stare decisis* foi recebido nos Estados Unidos da América como parte da tradição inglesa do *common law*. A adoção do *stare decisis* significa que um Tribunal não pode julgar um caso concreto sem, primeiramente, agir em coerência com as decisões judiciais anteriores.

Neste sentido, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e posteriores onde caibam as mesmas razões, pelo que somente novas e persuasivas razões poderão justificar uma decisão que não seja semelhante às decisões antecedentes, sob pena de ensejar o voluntarismo judicial.

Com efeito, além de propiciar a estabilidade e o desenvolvimento aberto de um direito consistente e coerente, o sistema do *stare decisis* preserva a ideia de continuidade da ordem jurídica, assegurando a igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica

situação e poupando os julgadores de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente.

Neste contexto, o precedente é tratado apenas como uma premissa. Decerto, o caso decidido estabelece um princípio, que não elide novas indagações. Como ponto de partida, o magistrado do sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente, para, posteriormente, aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto.

Os precedentes não são, portanto, aplicados de forma automática, mas, ao revés, devem ser analisados cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito entre as situações controvertidas. Sendo assim, sobreleva o papel construtivo e criativo da experiência jurisprudencial, visto que decisão judicial reflete não apenas as concepções, os costumes e a personalidade do julgador, mas, sobretudo, o peso que ele atribui a certos valores sociais contemporâneos que o levam a dar ênfase ou a ignorar um dado precedente.

No âmbito do direito norte-americano, o precedente só terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (*binding or leading precedents*), pois, caso contrário, figurará somente como elemento de convencimento judicial (*persuasive precedents*). A diferença entre *leading precedents* e *persuasive precedents* remete à distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*.

Pode-se dizer que a *ratio decidendi* de um caso se afigura como qualquer regra jurídica expressa ou implicitamente reconhecida pelo julgador como um passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou mesmo uma parte necessária para direcionar o seu julgamento.

Logo, a eficácia do *stare decisis* não abarca o inteiro teor do julgado, senão a parte nuclear da motivação, onde se descreve o fundamento jurídico que embasa a conclusão: a *ratio decidendi*. Por seu turno, além dos princípios jurídicos invocados para a tomada da decisão, ou seja, da *ratio decidendi*, que formam a legal rule, capaz de vincular as decisões futuras sobre a mesma situação jurídica, existem no ato decisório outros argumentos fornecidos pelo julgador, que não se apresentam como indispensáveis à fundamentação jurídica. Esses repertórios argumentativos, de força meramente retórica, são os obter *dicta* que, por isto mesmo, não são vinculantes para casos futuros.

Destarte, a doutrina do *stare decisis* adquire papel fundamental nos países que seguem a tradição jurídica do *common law* e mesmo em sistemas de *civil law*, a exemplo do brasileiro, uma vez adotada a súmula vinculante. O precedente judicial serve, então, para conferir estabilidade e segurança ao sistema jurídico, além de preservar a isonomia de tratamento aos jurisdicionados e propiciar a coerência do sistema jurídico.

Não obstante as críticas de que a doutrina do *stare decisis* conduz ao imobilismo do direito, ao arbítrio dos juízes e ao esvaziamento da legitimação democrática dos parlamentos, o efeito vinculante dos precedentes judiciais, aliado à necessidade de fundamentação das decisões, pode representar uma verdadeira garantia da cidadania contra o eventual voluntarismo dos magistrados, funcionando como uma pauta mais objetiva para o desenvolvimento de uma atividade hermenêutica justa e progressista.

26. Interpretação do Direito e a Aparente Dicotomia Segurança Jurídica X Justiça

A segurança se afigura como um dos valores mais importantes do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meios para a concretização do direito justo.

Não se trata, contudo, de um valor absoluto, supostamente capaz de esgotar a ideia de justiça. Decerto, em nome do valor da segurança, o positivismo jurídico erigiu a primazia do direito positivo em face do direito natural, reduzindo o direito justo ao direito estampado no sistema normativo da ordem jurídica, independentemente de sua legitimidade e efetividade. Isto propiciou, ao longo da história do ocidente, experiências sociais muitas vezes trágicas, a exemplo dos arbítrios cometidos pelos regimes totalitários do século XX, sob o manto da legalidade.

Embora se revele limitada esta proposta de fundamentação positivista de direito justo, não há como negar que a segurança jurídica integra, ao lado dos demais valores jurídicos, a fórmula da realização da justiça no direito.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 269), segurança e justiça não se contrapõem, mas enquanto esta é, muitas vezes, um poder ético, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.

Decerto, a segurança jurídica permite também a realização do direito justo, porque a ideia de justiça liga-

se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

Para que este valor possa ser realizado na órbita das relações jurídicas, a estimativa da segurança jurídica costuma ser corporificada em princípios constitucionais, enunciados em diversas Cartas Magnas do ocidente, como também sucede com a Constituição Federal de 1988. Com efeito, da leitura atenta do art. 5º da CF/88, extraem-se, dentre outros, diversos exemplos de sua concretização: irretroatividade da lei; autoridade da coisa julgada; respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito; outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral; prévia lei para a configuração de crimes e cominação de penas; e o devido processo legal. Sendo assim, nos Estados Democráticos de Direito, o valor da segurança jurídica pode ser considerado um princípio basilar da ordem jurídico-constitucional, como forma de garantir a tutela dos direitos fundamentais do cidadão.

Por sua vez, a noção de certeza do direito está umbilicalmente ligada ao entendimento do que seja a segurança jurídica.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 25-26), a segurança se traduz objetivamente como um elemento anterior, através das normas e instituições positivadas no sistema jurídico, enquanto a certeza do direito se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições, como um elemento de convicção posterior. Desta forma, a segurança objetiva das leis confere ao cidadão a certeza subjetiva das ações justas, segundo o direito positivo.

De outro lado, os juristas procuram reforçar a certeza do direito no imaginário de cada cidadão, através do desenvolvimento das seguintes atividades: aplicação do princípio da legalidade; preenchimento das lacunas jurídicas; correção das antinomias jurídicas; simplificação da linguagem do legislador; aplicação da analogia a casos semelhantes; adequação à jurisprudência dominante, dentre outros exemplos.

A segurança e a certeza do direito são necessárias para que haja justiça e, pois, direito justo, visto que a desordem institucional e a desconfiança subjetiva inviabilizam o reconhecimento de direitos e o correlato cumprimento das obrigações jurídicas.

Deve-se, entretanto, ressaltar que não mais se aceita o argumento formalista, típico do positivismo jurídico, de que a segurança jurídica e a certeza bastariam para a materialização do direito justo. O sistema normativo, como expressão da cultura humana, está em permanente mudança, exigindo a apropriação de novos valores e fatos na experiência jurídica. Sendo assim, a segurança jurídica e a certeza do direito não são dados absolutos, nem tampouco a justificativa para que uma norma jurídica possa permanecer em vigor, mesmo que a sua aplicação, num dado caso concreto, esteja desprovida de efetividade e, sobretudo, legitimidade, por comprometer a ideia de justiça.

Exemplo ilustrativo é o debate atual sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada, no panorama doutrinário e jurisprudencial brasileiro, visto que muitos estudiosos entendem que a consolidação das situações jurídicas pela coisa julgada deve quedar diante da constatação, em face de novos elementos probatórios, de eventuais injustiças cometidas contra uma das partes.

Deste modo, o valor da segurança jurídica e a convicção da certeza do direito, embora relevantes para a realização abstrata de justiça, comportam a relativização em determinadas circunstâncias, a fim de que se realize, num dado caso concreto, a melhor interpretação e aplicação de um direito justo.

27. Neoconstitucionalismo, Jurisdição e a Interpretação do Direito

Como expressão do pós-positivismo no direito constitucional, a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo.

Segundo Santiago Ariza (2003, p. 239), este novo modelo se revela em algumas Constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial, cujas funções se contrapõem ao papel que desempenhavam as Constituições dentro do paradigma do constitucionalismo moderno, visto que representam uma proposta de recompor a grande fratura existente entre a democracia e o constitucionalismo.

Nesse sentido, as Constituições atuais apresentam duas características básicas: a vinculação da noção de poder constituinte à ideia de uma legalidade superior de base constitucional, despindo-a do significado revolucionário; a concepção de que uma Carta Magna desempenha uma dúplice função de marco normativo para o jogo democrático e de referência diretiva para o futuro, ao estabelecer os princípios que devem reger a comunidade. Daí decorrem repercussões importantes do neoconstitucionalismo.

Em primeiro lugar, alude-se ao processo de normativização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de

recomendações ou orientações dirigidas ao legislador, para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Não é outro o entendimento de Dirley Cunha Jr. (2006, p. 32), para quem a Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como um diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas. Isto porque, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão se conformar quanto ao modo de elaboração (compatibilidade formal) e quanto à matéria (compatibilidade material). A supremacia constitucional desponta, assim, como uma exigência democrática, para sintetizar os valores e anseios do povo, titular absoluto do poder constituinte que originou a Carta Magna, a fonte máxima de produção da totalidade do direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

Decerto, partindo-se do postulado de que a Constituição define o plano normativo global para o Estado e para a Sociedade, vinculando tanto os órgãos estatais como os cidadãos, dúvidas não podem mais subsistir sobre a natureza jurídica das normas programáticas. As normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas, assim, como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste sentido, são tão jurídicas e vinculativas as normas programáticas, malgrado sua abertura ou indeterminabilidade, que, na hipótese de não realização dessas normas e desses direitos por inércia dos órgãos

de direção política (Executivo e Legislativo), caracterizada estará a inconstitucionalidade por omissão.

Conforme leciona Dirley da Cunha Jr. (2004, p. 107), o Estado, inclusive o Estado brasileiro, está submetido ao ideal de uma Democracia substantiva ou material, pelo que as eventuais inércias do Poder Legislativo e do Poder Executivo devem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição que instituiu um Estado Democrático de Direito (por exemplo, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Sendo assim, todas as normas constitucionais concernentes à justiça social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos subjetivos para os cidadãos, inobstante apresentem teores eficaciais distintos.

Em segundo lugar, afirma-se que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa e teleológica.

Neste diapasão, assinala Pablo Verdú (1998, p. 21), que a meditação constitucional da atualidade é consciente de que toda especulação cultural a respeito da Constituição consiste numa inspiração ideológica, fundada em valores (dignidade humana, liberdade, justiça, pluralismo político), que operam no plano da realidade social e política. Concebe--se, assim, a Teoria da Constituição como uma manifestação cultural, ideologicamente inspirada, justificada por valores, que iluminam e fundamentam direitos humanos, reconhecidos e protegidos, mediante a delimitação dos

poderes públicos a uma organização normativa que se encontra fundada numa estrutura sociopolítica.

Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua submissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo lugar para o recurso da operação argumentativa da ponderação.

Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia, ante a primazia concedida ao Poder Judiciário em detrimento da posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador), ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.

Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a certeza, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático.

Como proposta de superação desta aparente dicotomia, destaca-se o pensamento de J. J. Gomes Canotilho (2001, p. 98), a promover a conciliação entre as noções de Estado de Direito e democracia. Isto

porque, segundo o autor, o Estado Constitucional é mais do que o Estado de Direito, visto que o elemento democrático serve não só para limitar o Estado, mas também legitimar o exercício do poder político, potencializando a compreensão da fórmula do Estado de Direito Democrático.

De outro lado, a afirmação da natureza principiológica da Constituição pressupõe a positivação jurídica de pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente moral, pelo que a discussão jusnaturalismo--positivismo foi transportada ao interior do ordenamento jurídico-constitucional. Daí advêm importantes consequências, tais como a necessidade de adotar-se uma posição de participante para explicar o funcionamento do direito, bem como a necessidade de superar-se a ideia positivista de uma separação entre o direito e a moral.

Sendo assim, o modelo jurídico do neoconstitucionalismo não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra tanto antiquada, por haver surgido no contexto do Estado Liberal, quanto inadequada, por não incorporar os standards de moralidade ao estudo do direito.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar-se às ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do direito.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente de descrever o direito,

através de uma atividade neutra aos valores sociais e alheia ao problema da efetividade do sistema jurídico.

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições, a tarefa de determinar o que o direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere natureza política à atividade do jurista.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas descrições podem ter uma significação política, vem apresentando a virtude de pôr em relevo que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor se reconduzem ao âmbito incontrolável da subjetividade.

Ademais, o movimento neoconstitucionalista tem se revelado favorável à ideia de uma aceitação moral do direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. Isto porque a legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição) e de crítica externa (cujo parâmetro é a moralidade social).

Deste modo, as diversas teorias neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que o direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisados nos tópicos subsequentes.

28. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Nova Interpretação Jurídica

Na esteira do magistério de peces-barba martinez (2003, p. 11), pode-se dizer que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é decisiva para o direito, pois, em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo. Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito. Seguindo a valiosa lição kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática experiência totalitária na Segunda Guerra Mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Como bem observa J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 221), o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa

humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Embora o primado da dignidade da pessoa humana já pudesse ser depreendido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, a sua positivação constitucional só foi ocorrer com o advento da Lei Fundamental alemã de 1949, que preceituava, no seu art. 1.1., que a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la. A partir deste momento, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser exteriorizado como princípio do constitucionalismo ocidental.

Neste sentido, destaca Peter Häberle (2000, p. 82) que, embora o modelo do Estado Constitucional sofra variações nacionais que dependem das especificidades de cada cultura jurídica, resultando da diversificada convergência de filosofias políticas, textos clássicos, políticas públicas, experiências, sonhos e utopias, ressalvadas as singularidades de cada sociedade, as Constituições costumam contemplar, como um programa de obrigações constitucionais, a afirmação de uma dignidade humana como ideia antropológico-cultural e o conceito de democracia como a consequência no plano organizacional das instituições político-sociais.

Com efeito, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de

programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Neste sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan (2000, p. 54), ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Encontra-se também a tradução do princípio no título VII da Carta Magna brasileira, quando o art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Discorrendo sobre este aspecto, sustenta André Ramos Tavares (2003, p. 138) que se trata, sem dúvida, no art. 170, do mesmo princípio constante do art. 1º, aplicado (especificado) no âmbito econômico, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por óbvio,

implicações econômicas. Segundo ele, verifica-se que a liberdade caminha com a dignidade, mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Logo, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, pelo que os direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, como princípio constitucional de evidente densidade axiológica e teleológica, deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. A busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, pensar e criar do ser humano.

Por se tratar de expressão polissêmica, ao comportar diversos significados a depender do contexto histórico-cultural, a dignidade da pessoa humana passou a expressar as diversas fases de evolução dos direitos humanos. A abertura semântica e a multiplicidade de usos pragmáticos dificultam a sua concretização hermenêutica pelos diversos intérpretes do direito – legislador infraconstitucional, administrador, magistrado e particulares.

Ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado, no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação linguística do princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira acepção, o conteúdo de uma vida digna está associado à ideia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob esta ótica, a previsão da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-

lhe tratamento isonômico. O reconhecimento desta primazia, que não se dirige somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas.

No plano jurídico, a igualdade entre os homens representa a obrigação imposta aos Poderes Públicos, tanto na elaboração da regra de direito (igualdade na ordem jurídica) quanto na aplicação/execução (igualdade perante a ordem jurídica), exigindo-se, ainda, a universalização do respeito à pessoa humana, para o reconhecimento das prerrogativas não só de nacionais, como também de estrangeiros.

Com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana se revela atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico. Para tanto, faz-se mister assegurar as prerrogativas do direito penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos chamados direitos da personalidade.

O Estado, ao exercitar o *jus puniendi*, não pode se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado ou condenado. Por mais reprovável que tenha sido o crime, merece o infrator tratamento digno. Neste sentido, os ordenamentos jurídicos ocidentais costumam estatuir certas garantias fundamentais, quais sejam: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante, assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral; observância do devido processo legal com todos os seus desdobramentos – o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência; a reserva legal da definição de

crimes, a individualização das penas e a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis.

De outro lado, a dignidade da pessoa humana oferece limites ao exercício da autonomia da vontade. Isto porque a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a consequente transição do Estado – liberal para o Estado – intervencionista exigiram que a desigualdade socioeconômica entre os particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de ordem pública que garantissem o equilíbrio socioeconômico das relações privadas. É o que se verifica, por exemplo, com a tutela da hipossuficiência do trabalhador, no plano do direito laboral, e a proteção da vulnerabilidade do consumidor, no âmbito do direito consumerista.

Acrescente-se, por oportuno, a necessária salvaguarda dos chamados direitos da personalidade, os quais configuram o núcleo ético da própria condição humana. Representam, assim, as dimensões mais importantes da existência, tais como os direitos à vida, à saúde, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra do indivíduo. Daí advêm, inclusive, os problemas referentes à preservação da identidade humana em face dos avanços da biotecnologia, mormente nos campos da reprodução assistida e da manipulação do patrimônio genético.

Registre-se também a vertente de pensamento que vincula à noção de dignidade a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano. Neste diapasão, a dignidade da pessoa só se efetiva com a preservação de condições materiais mínimas para a existência humana. A definição mesma deste núcleo de mínimo existencial não é consensual, embora haja consenso majoritário de que ele abarca, ao menos, os

direitos à renda mínima, saúde básica e educação fundamental.

Existem, contudo, propostas – que nos parecem mais corretas – de estender o sentido e o alcance da realização do mandamento constitucional em favor de uma vida digna, para compreender a totalidade do catálogo aberto de direitos fundamentais, em sua permanente indivisibilidade e interação dialética.

Decerto, a dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio histórico da humanidade, cujo conteúdo jurídico vem associado não só ao núcleo elementar do mínimo existencial, conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável à liberdade humana, como também a todo plexo de direitos fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, a delimitação semântico-pragmática da expressão “dignidade da pessoa humana” exigiria o desenvolvimento de uma interpretação extensiva e de uma realização ponderada da plenitude dos direitos fundamentais: primeira dimensão/geração (vida, liberdade, igualdade, propriedade), segunda dimensão/geração (saúde, educação, assistência social, trabalho, moradia), terceira dimensão/geração (proteção ao meio ambiente, preservação ao patrimônio artístico, histórico e cultural) e aqueles de quarta dimensão/geração (paz, direitos de minorias, acesso a novas tecnologias, proteção perante a globalização), cuja fisionomia ainda se descortina nos albores do presente milênio.

De outro lado, a dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim,

a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

A eficácia positiva consiste em reconhecer, ao eventual beneficiado pela norma jurídica de eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos, mediante a propositura da ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. O Estado está, portanto, obrigado a concretizar a dignidade da pessoa humana, ao elaborar normas e formular/implementar políticas públicas.

De outro lado, a eficácia negativa confere à cidadania a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam o conteúdo de uma existência digna, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como bem leciona Ingo Sarlet (1998, p. 110), não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.

Sendo assim, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.

A seu turno, a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos

fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo quanto da perspectiva qualitativa.

Segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 321), a vedação do retrocesso desponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador, portanto, encontra o núcleo essencial já realizado como o limite de sua atuação.

A vedação ao retrocesso costuma ainda ser polarizada pela utilização do argumento da reserva do possível, para justificar a abstenção do Estado no implemento de políticas sociais. Com base na reserva do possível, entende-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está submetida à disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade do montante estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da elaboração dos orçamentos públicos. Nesse contexto, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação da vida digna.

Deve-se reconhecer, contudo, em nome do compromisso ético do direito com a justiça, o primado da vedação ao retrocesso em face do argumento da reserva

do possível, de molde a concretizar força normativa e eficacial do princípio da dignidade da pessoa humana, interpretação mais compatível com os valores e fins norteadores do sistema constitucional brasileiro.

Por sua vez, a eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto.

Tratando deste aspecto, Rizzatto Nunes (2002, p. 45) acentua que a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando a concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete do direito.

Decerto, o implemento desta função hermenêutica é tão relevante que o princípio da dignidade humana serve como parâmetro axiológico e teleológico não só para a aplicação de regras constitucionais e infraconstitucionais, como também para a concretização de outros princípios constitucionais, tais como os princípios gerais que enunciam os direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança (v.g., art. 5º da CF/88) e os princípios setoriais do direito administrativo e do direito econômico (e.g., arts. 37 e 170 da CF/88).

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, como referencial

hermenêutico que ilumina a interpretação de toda a normatividade do sistema jurídico pátrio.

29. O Princípio da Proporcionalidade e a Nova Interpretação Jurídica

Etimologicamente, o vocábulo “proporcionalidade” contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa à qual está ligado. A ideia de proporcionalidade reclama o apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas.

A ideia de proporcionalidade revela-se não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também consubstancia um verdadeiro referencial argumentativo, ao exprimir um raciocínio aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade.

Para Willis Guerra Filho (2003, p. 245), o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em sua conformação moderna, encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificados a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa. Desta forma, sua origem remonta aos séculos XII e XVIII, quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando para ter o homem direitos imanentes à sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Posteriormente, a ideia de proporcionalidade é utilizada na França como técnica voltada para o controle do poder de polícia da Administração Pública. A proporcionalidade só adquire, contudo, foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha, sendo, então, aplicado ao campo dos direitos fundamentais, vinculando, assim, a totalidade dos Poderes Públicos.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito porque, apesar de derivar da Constituição, nela não consta expressamente. Por esse motivo, o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade vem sofrendo inúmeras considerações quanto à ausência de enunciado normativo explícito. Constata-se que a maioria das Constituições de Estados Democráticos de Direito não contém referência expressa ao princípio, o que põe em evidência o problema da sua fundamentação normativo-constitucional.

Segundo Paulo Bonavides (2001, p. 356), o princípio da proporcionalidade está naquela classe de princípios que são mais facilmente compreendidos do que definidos. Sucede que, embora não esteja expresso no texto constitucional, a sua presença é inequívoca na Carta

Magna. Isto porque a circunstância de o princípio da proporcionalidade decorrer implicitamente da Constituição não impede que seja reconhecida sua vigência, por força, inclusive, do quanto disposto no § 2º, do art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

Inúmeros têm sido os caminhos para fundamentar ou justificar normativamente o princípio da proporcionalidade, ora utilizando-se do cânon da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), ora recorrendo-se à ideia de devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CF/88) ou mesmo da noção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88).

Parece-nos, todavia, que todos esses standards são vetores axiológicos e teleológicos que reforçam o mandamento constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, permitindo depreender o princípio da proporcionalidade, como proposta de harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Conforme o magistério de Humberto Ávila (2005, p. 116), o princípio constitucional da proporcionalidade é aplicado somente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que o intérprete do direito possa proceder ao exame de três parâmetros fundamentais e complementares: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Esses três critérios de natureza axiológica e teleológica – a adequação, a necessidade e a

proporcionalidade em sentido estrito – definem o sentido de uma atuação proporcional do Estado e dos particulares, tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização da finalidade normativa. Logo, administração, o legislador, o julgador e o particular têm o dever de escolher um meio processual que simplesmente promova os fins maiores da ordem jurídica, como a realização de uma vida digna. O processo decisório, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, será adequado somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto; será adequado se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção; e será adequado se o intérprete avaliou e projetou bem a promoção da finalidade no momento da tomada da decisão.

A necessidade envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os diversos meios promovem igualmente o fim; e o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção dos direitos fundamentais em prol de uma vida digna torna-se, portanto, inafastáveis para a interpretação e a tomada de uma decisão jurídica.

A proporcionalidade em sentido estrito é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame teleológico e axiológico do hermeneuta, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário

do custo-benefício, sempre com vistas para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Luís Barroso (2002, p. 213), o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais que consubstanciam uma vida digna, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional. Permite-se, assim, ao Poder Judiciário invalidar atos legislativos, administrativos, jurisdicionais ou privados nas hipóteses em que não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (adequação); a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação do excesso); e não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade "stricto sensu"*).

Como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis. Nos chamados *hard cases*, muito frequentes na prática processual, a subsunção se afigura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas, que

sinalizam soluções axiológicas e teleológicas muitas vezes diferenciadas.

Com efeito, durante muito tempo, sob a égide de uma visão positivista do direito, a subsunção se afigurou como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos); e a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se esta espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de direito (v.g., art. 18 da CF/88 – Brasília é a capital federal), revela-se, no entanto, insuficiente para lidar com o uso hermenêutico dos princípios jurídicos, como fundamentos para a decidibilidade de conflitos.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins não raro distintos, apontando para perspectivas contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, pode incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como quando várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumental metodológico para aplicação de um direito justo e capaz de materializar a dignidade da pessoa humana. Trata-se do uso da ponderação de bens e/ou interesses.

A estrutura cognitiva da ponderação pode ser decomposta em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição

geral de pesos. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso concreto, identificando eventuais conflitos entre elas. Por sua vez, na segunda etapa, cabe examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso concreto e sua interação com os elementos normativos. Enfim, na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, pois, qual conjunto normativo deve preponderar no caso concreto.

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo na harmonização das dimensões da dignidade da pessoa humana: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão versus proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação versus políticas públicas de proteção da saúde; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade, como *standard* juridicamente vinculante, informando a ideia de justiça ínsita a todo ordenamento, atua por meio de um mandado de otimização, no sentido de que os imperativos de adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos no âmbito da realização de uma vida digna. A proporcionalidade representa, pois, uma garantia aos cidadãos, exigindo um contrabalanceamento entre a tutela a determinados bens jurídicos com as restrições aos direitos fundamentais. Para tanto, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objeto perseguido pela limitação, e o meio é a própria decisão (administrativa, legislativa ou judicial) que pretende tornar possível o alcance do fim almejado, no âmbito de uma relação processual.

Sendo assim, o referido princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional, visto que os direitos fundamentais, como expressão da dignidade dos cidadãos, só podem ser limitados pelo Poder Público e particulares quando for imprescindível para a proteção dos interesses e valores mais relevantes para uma dada coletividade humana, tendo em vista a interpretação e aplicação de um direito potencialmente mais justo e, portanto, socialmente legítimo.

30. Hermenêutica Jurídica sem Hermetismo: A Necessidade da Democratização da Interpretação do Direito

Como se depreende dos tópicos anteriores, o direito é conhecido e exteriorizado por meio de palavras, manifestadas nas diversas fontes jurídicas. Os estudos atuais da Semiótica apontam a existência de uma linguagem jurídica dotada de características de tecnicidade, seja no plano da linguagem-objeto, seja no plano da metalinguagem.

Resta evidente, pois, que o direito é ciência dotada de linguagem técnica e específica, com espaço semântico autônomo, o que também se verifica em outras áreas do conhecimento, tais como a medicina, a informática ou a economia. O tecnicismo do direito tem, contudo, gerado acesas controvérsias e perplexidades, visto que a sofisticação descontrolada da linguagem jurídica pode ser fator de distanciamento simbólico em face da sociedade.

O hermetismo da linguagem jurídica se evidencia gradativamente, pois o direito, por ser passível de uma tradução científica, requer a configuração de um vocabulário técnico, não facilmente apreendido pelo senso comum ou pelo conhecimento vulgar.

A tensão entre onomasiologia (linguagem comum) e semasiologia (linguagem técnico-científica) do discurso jurídico deve ser, no entanto, reduzida, a fim de permitir a democratização da hermenêutica jurídica com o fortalecimento da cidadania pela internalização de direitos e deveres.

Revela-se, portanto, inaceitável o rebuscamento gratuito, para disfarçar a debilidade das ideias e a incoerência dos argumentos e proposições jurídicas. Ao revés, o direito deve sempre ser expresso de modo inteligível, permitindo o seu conhecimento por qualquer cidadão. Infelizmente, tem-se observado que a linguagem jurídica, inclusive no Brasil, é praticada com excessivo anacronismo, contribuindo para o afastamento da própria sociedade em relação ao direito.

A propalada indissociabilidade entre linguagem e direito indica que os intérpretes devem investir numa melhor comunicação jurídica e primar pela depuração do formalismo excessivo, pelo que se afigura necessário o engajamento dos aplicadores do direito para tornar mais acessível a linguagem jurídica ao conhecimento da sociedade civil, garantindo o acesso à Justiça e o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, a teoria tradicional da interpretação jurídica, que confere especial destaque aos procedimentos formalizados e à exegese realizada pelos profissionais do direito, deve ser, portanto, substituída por um novo paradigma hermenêutico. Neste sentido, não é possível o estabelecimento de um rol limitado de intérpretes, à medida que os órgãos estatais, assim como todos os grupos sociais e cidadãos, envolvem-se na leitura da Constituição e da totalidade do sistema jurídico.

Os atores sociais que vivem a norma constitucional devem ser considerados como forças produtivas da interpretação, i.e., intérpretes lato sensu da Carta Magna. Como os intérpretes oficiais não são os únicos que vivenciam a norma constitucional, obviamente, não podem monopolizar a sua atividade interpretativa.

Todo aquele que atua no contexto regulado por uma Constituição é, indireta ou até mesmo diretamente, um

hermeneuta da Lei Maior. A interpretação constitucional não se desenvolve, portanto, nos redutos do Estado, visto que todos os integrantes da sociedade civil organizada – ainda que de forma potencial – também alimentam, com valores e padrões comportamentais, essa circularidade hermenêutica.

Deste modo, não tem fundamento a alegação de que a ampliação do leque de intérpretes ameaçaria a independência dos juízes e a vinculação à lei constitucional. Isto porque não é possível ocultar o fato de que o julgador interpreta a Constituição, com base no conjunto axiológico da sociedade. O intérprete se orienta não só pela teoria, mas também pela práxis social. Esta última, no entanto, não é conformada pura e simplesmente pelos operadores do direito. Do ponto de vista histórico-cultural, o processo de interpretação constitucional é infinito e sempre inconcluso, cabendo ao jurista o papel de mediador das demandas comunitárias, ao lado dos demais atores sociais.

Nesta linha de raciocínio, Peter Häberle (1997, p. 17) defende que a vinculação judicial à lei e à independência pessoal e funcional dos juízes não pode escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto e uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.

Para que, no Brasil, o direito processual constitucional torne-se parte do direito de participação democrática, é necessário permitir uma sinergia eficaz entre os diversos intérpretes da Carta Magna. O primeiro obstáculo é epistemológico: quebrar a falsa cisão positivista entre ciência (*episteme*) e senso comum (*doxa*). O

conhecimento da Constituição deve consubstanciar um novo senso comum, partilhado por toda a cidadania.

Ultrapassado este obstáculo, alternativas sociojurídicas não faltam: previsão curricular do direito constitucional no ensino médio; difusão da cultura jurídica das ações e remédios constitucionais, alargamento dos legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade; mudança do processo de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal para maior envolvimento da comunidade jurídica na indicação dos nomes pelo Presidente da República; estabelecimento de mandatos predeterminados para o exercício da magistratura no Supremo Tribunal Federal, permitindo a alternância e a oxigenação dos processos hermenêuticos; ampliação das novas tecnologias de informação para potencializar um maior controle da opinião pública no exercício da hermenêutica constitucional; ampliação do colegiado do Supremo Tribunal Federal para permitir uma maior efetividade e celeridade processual; e o progressivo reconhecimento do *amicus curiae* nos processos constitucionais.

Deste modo, devemos entender a Constituição como obra aberta e coletiva, para que a ampliação do círculo de intérpretes passe a decorrer da necessidade de assimilar o mundo circundante a um modelo interpretativo plural e progressista. Isto porque, longe de ser propriedade dos juristas, a Constituição pertence a toda a sociedade. Da mesma forma que um código religioso como a Bíblia deve ser interpretado pelo fiel, sem as amarras simbólicas da autoridade sacerdotal, também a Lei Maior deve ser conhecida e manejada pelo cidadão, livre da influência oracular dos juristas, os quais, muitas vezes, figuram como pretensos donos ou aprendizes do poder, arvorando-se como os únicos

agentes autorizados a realizar a interpretação “oficial” do direito.

31. A Tendência Hermenêutica do Direito Sumular

No âmbito do atual sistema jurídico brasileiro, não há como negar que a jurisprudência desponta como genuína fonte jurídica, suplementando e aperfeiçoando a própria legislação, o que se constata mediante a aplicação frequente, nos mais diversos ramos jurídicos, de instrumentos chamados súmulas.

Entendem-se por súmulas aqueles meios de uniformização da jurisprudência que corporificam as proposições sobre a interpretação e a aplicação do direito que decorrem da jurisprudência assentada dos diversos Tribunais sobre assuntos controvertidos.

Tal tendência de fortalecimento da fonte jurisprudencial na ordem jurídica pátria consolidou-se especialmente após a adoção do instituto da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que veio juntar-se às antigas súmulas persuasivas ou não vinculantes, desprovidas de força obrigatória formal, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de estabelecer uma jurisprudência obrigatória para ser acatada por toda a estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Com efeito, o art. 103-A da Carta Magna de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas

federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Coube à Lei n. 11.417/2006 regular o art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e alterar a Lei n. 9.784/99, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, além de dar outras providências.

A súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Ademais, o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo e, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá

admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária. No prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*, o enunciado respectivo.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá a sua revisão ou cancelamento, conforme o caso, sendo que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja

proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Por fim, fazendo-se um balanço crítico acerca da utilização da súmula vinculante, podem ser elencados diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis.

Em favor da súmula vinculante, argumenta-se que ela promoveria os princípios da celeridade processual, da efetividade do processo, da segurança jurídica e da isonomia decisória. Em sentido contrário, argumenta-se que ela violaria os princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, do livre convencimento judicial e da separação dos poderes.

Refere-se ainda, em posição refratária às súmulas vinculantes, o risco de o STF petrificar a ordem jurídica com interpretações conservadoras, arbitrárias e desprovidas de legitimidade social, abrindo espaço para a formação de suposta ditadura da Suprema Corte brasileira, que abalaria os princípios constitucionais da separação dos poderes e da segurança jurídica, alicerces institucionais do Estado Democrático de Direito.

32. O Novo Código de Processo Civil: Contributos para a Hermenêutica Jurídica no Brasil

O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, CRIADO ATRAVÉS da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, iniciou a sua vigência em 18 de março de 2016, revogando a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Com efeito, o novo diploma legal oferece importantes elementos para a construção de um novo paradigma hermenêutico no Brasil, descortinando arejados parâmetros para a interpretação e aplicação da ordem jurídica pátria.

De fato, o mencionado diploma legislativo adota um modelo pós-positivista no âmbito do direito processual, denominado neoprocessualismo, o qual possibilita o desenvolvimento de uma prestação jurisdicional centrada nos seguintes vetores axiológicos:

- constitucionalização principiológica do processo;
- redimensionamento do processo como espaço democrático para o acesso a uma ordem jurídica justa, pautada na realização dos direitos fundamentais dos cidadãos;
- superação do modelo formalista, abstrato e estatocêntrico do processo;
- superação da dicotomia direito material direito processual;
- alargamento do campo argumentativo dos intérpretes;

- valorização da criação jurisprudencial da normatividade jurídica;
- dissolução das fronteiras clássicas do *Civil Law* (tradição romano-germânica) e *Common Law* (tradição anglo-americana);
- implemento da teoria dos precedentes e "commonização" do direito processual;
- consolidação do direito sumular como instrumento de uniformização interpretativa;
- otimização dos princípios da eticidade, da efetividade e da celeridade do processo;
- ênfase na utilização dos mecanismos de solução extrajudicial de conflitos;
- abertura para o exercício de uma racionalidade de base dialógico-comunicativa para a tomada das decisões judiciais;
- reforço do dever de fundamentação judicial das opções hermenêuticas;
- desenvolvimento de cooperação na busca da verdade jurídica, a ser viabilizada, conjuntamente, pelo Poder Judiciário, pelos sujeitos do processo e pela sociedade civil.

Decerto, tais tendências, descritas nos capítulos anteriores, integram o campo de estudos da hermenêutica jurídica, com reflexos diretos no modo de atuação dos mais diversos intérpretes que militam na práxis jurídica – advogados, promotores, juízes, gestores públicos, particulares e jurisdicionados.

Para a ótica da hermenêutica e da interpretação do direito pátrio, merecem destaque as seguintes inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil:

• o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código;

• a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial;

• a ameaça ou lesão a direito não poderá ser afastada da apreciação jurisdicional;

• as partes terão o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa;

• aquele que de qualquer forma participa do processo deverá comportar-se de acordo com a boa-fé;

• todos os sujeitos do processo deverão cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva;

• as partes terão paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório;

• o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência;

• o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício;

• todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade;

• os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão;

• a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada;

• as disposições do novo Código de Processo Civil serão aplicadas, supletiva e subsidiariamente, nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos;

• os órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, cumprirão o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores;

• aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente responderá por perdas e danos;

• a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios terá direito à gratuidade da justiça, na forma da lei;

• o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação;

• os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição;

• a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada;

• qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não será considerada fundamentada se: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ou deixar de seguir enunciado de súmula,

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento;

• os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente;

• os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, devendo ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação;

• os juízes e os tribunais observarão: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados;

• poderá haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos;

• a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia;

- os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores;

- terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave; e os regulados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Desse modo, ficam aqui registrados, em apertada síntese, os mais relevantes contributos do atual Código de Processo Civil para o desenvolvimento da teoria hermenêutica e da prática interpretativa no Brasil.

Sendo assim, cumpre-nos aguardar a efetiva aplicação desse novo e relevante diploma legislativo e seus impactos na interpretação e aplicação jurídica diuturnamente realizada no cotidiano forense do nosso País.

33. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Inovações e Parâmetros para a Hermenêutica Jurídica Pátria

A Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro (LINDB) revela-se essencial para o estudo da hermenêutica jurídica no Brasil, visto que fundamenta a interpretação das diversas leis que compõem o sistema jurídico nacional e a ordem jurídica estrangeira.

A LINDB, inicialmente denominada Lei de Introdução ao Código Civil, pelo Decreto-Lei n. 4.657/42, adquiriu a nova denominação pela Lei n. 12.376/2010.

Dentre os comandos normativos mais importantes da LINDB para a interpretação e aplicação da legislação (pátria ou externa) no tempo e no espaço, merecem especial destaque os seguintes:

- a lei começa a vigorar em todo o país, salvo disposição contrária, quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, inicia-se três meses depois de oficialmente publicada;

- se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo do artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação;

- as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova;

- a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, não se destinando à vigência temporária;

• a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior;

• a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior;

• a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo disposição em contrário;

• ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece;

• o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, quando a lei for omissa;

• o magistrado, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;

• a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;

• reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;

• consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;

• chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso;

• a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família;

• para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados;

• para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem;

• a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens;

• as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem;

• quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação, é competente a autoridade judiciária brasileira;

• a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça;

• poderá o juiz, não conhecendo a lei estrangeira, exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência;

• será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que congregue os seguintes requisitos: haver sido proferida por juiz competente; terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; estar traduzida por intérprete

autorizado; ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal;

• quando se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei;

• as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes;

• tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de registro civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado.

Recentemente, a Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu, no corpo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), novos dispositivos, estabelecendo parâmetros hermenêuticos de segurança jurídica e eficiência, a fim de orientar os processos de criação, aplicação e decisão dos atores jurídicos no âmbito do direito público.

Convém elencar estes importantes preceitos, dada a imensa relevância para a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro:

– não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, nas esferas administrativa, controladora e judicial;

– a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas;

– a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas;

– a decisão, nas áreas administrativa, controladora ou judicial, deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos;

– serão considerados, na interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados;

– serão levadas em conta as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa;

– serão consideradas, na aplicação de sanções, a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente;

– as punições aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato;

– a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais;

– a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas;

– as orientações gerais são reconhecidas como as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público;

– a autoridade administrativa poderá, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial;

– a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou

injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos;

– a edição de atos normativos por autoridade administrativa, em qualquer órgão ou Poder, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão;

– as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, apresentando tais instrumentos caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Eis, portanto, as diretrizes mais relevantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), as quais devem ser bem compreendidas e utilizadas pelos intérpretes e aplicadores da ordem jurídica brasileira, nas esferas judicial e extrajudicial, em face dos diferentes casos concretos.

PARTE IV

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA: EXAME PRÁTICO DE *HARD CASES*

34. Proposta Metodológica

Neste momento, busca-se oferecer ao leitor o contato com a vida prática do direito, no contexto específico do sistema jurídico brasileiro.

O propósito é apresentar um panorama de como os modelos teóricos da hermenêutica jurídica estudados nos tópicos anteriores vêm sendo concretizados no desenvolvimento da interpretação e aplicação do direito pátrio.

Com efeito, foram pesquisadas decisões ilustrativas sobre a hermenêutica e a interpretação do direito, prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da ordem jurídica brasileira, a partir de consultas aos precedentes da Corte após o advento da Constituição Federal de 1988.

Os resultados dessa breve pesquisa de *hard cases* foram agrupados em conformidade com os seguintes temas:

- hermenêutica e interpretação do direito;
- a dimensão axiológica da interpretação jurídica;
- regras de hermenêutica;
- interpretação do direito e linguagem;
- intérpretes do direito;
- interpretação restritiva interpretação extensiva;
- interpretação literal;
- interpretação histórica;
- interpretação sistemática;
- interpretação sociológica;

- interpretação teleológica;
- interpretação do direito e conceitos indeterminados;
- interpretação do direito e principiologia jurídica;
- interpretação do direito e o princípio da dignidade da pessoa humana;
- interpretação do direito e o princípio da proporcionalidade;
- interpretação do direito e a ponderação de valores;
- interpretação do direito e o princípio da igualdade;
- interpretação do direito e os princípios republicano e democrático;
- interpretação do direito e a tutela da identidade de gênero.

Do ponto de vista metodológico, o presente catálogo de precedentes permite vislumbrar o estado atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrando a instrumentalidade dos conceitos, institutos, categorias e técnicas da hermenêutica jurídica, a fim de permitir a melhor interpretação e aplicação dos diversos ramos do direito brasileiro.

35. Hermenêutica e Interpretação do Direito

"É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um 'engessamento' da ordem constitucional, obstando a introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das

‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de Poderes de Constituição estadual em face dos chamados ‘princípios sensíveis’ (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: ‘(...) Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados’ (Repr. n. 94, rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciário 85/31, 34-35, 1947)”

(ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, DJ de 6-8-2004).

No precedente acima transcrito, torna-se possível verificar a finalidade da hermenêutica e da interpretação do direito no contexto do neoconstitucionalismo.

No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal examina o alcance da interpretação das cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Conforme o raciocínio do julgador, tais cláusulas não devem ser interpretadas de forma restritiva, diferentemente daquilo que sustenta o pensamento tradicional da comunidade jurídica.

Deveras, segundo o entendimento corporificado no voto, o efetivo conteúdo das cláusulas pétreas somente será alcançado mediante um esforço hermenêutico que supere a mera literalidade do texto constitucional.

Com efeito, apenas uma atividade interpretativa de natureza finalista ou teleológica pode revelar os princípios constitucionais que, ainda que não abarcados textualmente no rol das cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas tutelados, estando, por conseguinte, protegidos pela garantia de imutabilidade, em face do exercício de um eventual poder de reforma constitucional.

36. A Dimensão Axiológica da Interpretação Jurídica

"A exigência de coisa julgada – que representa, na constelação axiológica que se encerra em nosso sistema constitucional, valor de essencial importância na preservação da segurança jurídica – não colide, por isso mesmo, com a cláusula de probidade administrativa nem com a que se refere à moralidade para o exercício do mandato eletivo, pois a determinação de que se aguarde a definitiva formação da autoridade da res judicata, além de refletir um claro juízo de prudência do legislador, quer o constituinte (CF, art. 15, III), quer o comum (LC n. 64/90, art. 1º, I, d, g e h), encontra plena justificação na relevantíssima circunstância de que a imposição, ao cidadão, de gravíssimas restrições à sua capacidade eleitoral, deve condicionar-se ao trânsito em julgado da sentença, seja a que julga procedente a ação penal, seja aquela que julga procedente a ação civil por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 20, caput). Mostra-se relevante acentuar o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e, ao dissipar as dúvidas motivadas pela existência de controvérsia jurídica (res judicata pro veritate habetur) e, ao viabilizar a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito" (AC 2.763-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJe de 1º-2-2011).

No precedente exposto, verifica-se a dimensão axiológica da interpretação jurídica, porquanto o Pretório Excelso procura conciliar o valor da segurança jurídica com o valor da moralidade administrativa, ambos consagrados em princípios da Carta Magna de 1988.

Com efeito, enfatiza-se, no caso vertente, a primazia do princípio constitucional da segurança jurídica e a preservação de um dos mais importantes corolários: a coisa julgada.

Segundo o entendimento apresentado, a coisa julgada, ao permitir a estabilidade das relações sociais, soluciona as dúvidas motivadas pela existência de controvérsia jurídica, viabilizando a superação dos eventuais conflitos de interesses.

Logo, a coisa julgada materializa o valor da segurança jurídica, que se traduz em estimativa de transcendente importância política, jurídica e social, por afigurar-se como um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

37. Regras de Hermenêutica

"Tem-se, no caso, portanto, norma especial, específica, relativamente à jornada de trabalho diária dos médicos. Não importa que normas gerais posteriores hajam disposto a respeito da remuneração dos servidores públicos, de forma geral, sem especificar a respeito da jornada de trabalho dos médicos. É que é princípio de hermenêutica que a norma especial afasta a norma geral no que diz respeito à questão específica, na linha do velho brocardo: lex speciali derogat generali. A questão específica, pois, da jornada de trabalho do médico continua sendo regida pela norma específica, por isso que, vale repetir, a norma geral não revoga nem modifica a norma especial ou, noutras palavras, a norma especial afasta a norma geral. Bem por isso, presente a regra de hermenêutica mencionada, a Lei n. 8.112, de 11-12-90, publicação consolidada determinada pelo art. 13, da Lei n. 9.527, de 10-12-97, deixou expresso, no § 2º, do art. 19, que 'o disposto neste artigo não aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais'. O art. 19, caput, referido no citado § 1º, estabelece que 'os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente'" (MS 25.027, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-5-2005, DJ de 1º-7-2005).

No julgado supratranscrito, pode-se verificar um dos temas mais importantes da hermenêutica jurídica: a necessidade de preservação da coerência do sistema jurídico.

Com efeito, no caso vertente, restou configurada uma antinomia jurídica, fenômeno normativo que se concretiza toda vez que ocorre contradições entre diferentes normas jurídicas, as quais sinalizam para diversas orientações interpretativas.

Sendo assim, deve o hermeneuta valer-se das regras tradicionais de solução das antinomias jurídicas, a saber: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

No precedente ora examinado, constata-se a aplicação da regra da especialidade, segundo a qual a norma especial afasta a incidência da norma geral, no tocante à regulação da jornada de trabalho diária dos médicos.

38. Interpretação do Direito e Linguagem

"No artigo 9º, do código penal militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único, que determina que 'os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça Comum'. Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, Carlos Maximiliano, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', 9. ed., n. 367, p. 308-309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de Willoughby) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o art. 9º, do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no caput do art. 124, da Constituição Federal. Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei n. 9.299/96, em seu art. 2º, se modifica o caput, do art. 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas

quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes 'a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado" (RE 260.404, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 22-3-2001, DJ de 21-11-2003)

No julgado acima mencionado, resta nítida a relação necessária entre a interpretação jurídica e a linguagem humana, que serve para traduzir os comandos normativos do direito.

Decerto, o intérprete se depara com a necessidade de delimitar o sentido e o alcance de uma expressão linguística do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, inserida pela Lei n. 9.299/96, que se revela polissêmica e, portanto, aberta a diversos significados, a saber: "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum".

Segundo a interpretação lógico-sistemática dos diplomas legais, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o art. 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida e praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum, o legislador os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, harmonizando-se, assim, com o disposto no caput do art. 124 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, conclui o intérprete não ser admissível que se tivesse pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo do Código Penal Militar – que não é o próprio para isso – e no Código de

Processo Penal Militar – que, para tanto, revela-se adequado.

39. Intérpretes do Direito

"FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. (...) Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C. Pr. Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de - improbidade administrativa. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C. Pr. Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. Como mera

explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal – salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X, e 96, III –, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2.138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C. Pr. Penal. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos – a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras Casas Legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que

cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado” (ADI 2.797 e ADI 2.860, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-9-2005, DJ de 19-12-2006). No mesmo sentido: ACO 853, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-3-2007, DJ de 27-4-2007.

Como já estudado nos capítulos anteriores, pode-se dizer que a tarefa hermenêutica pode ser realizada por uma pluralidade de intérpretes do direito, a saber, legisladores, administradores, particulares, advogados, promotores e magistrados.

Indubitavelmente, no quadrante institucional do Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra em matéria de interpretação jurídica, especialmente o Supremo Tribunal Federal, verdadeiro guardião hermenêutico da Constituição Federal de 1988.

No caso vertente, verifica-se um conflito de interpretações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no tocante à concretização da Carta Magna em matéria de foro especial por prerrogativa de função.

Com efeito, prevaleceu a interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal em face da interpretação autêntica do legislador, sendo declarada inconstitucional a Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal pátrio.

40. Interpretação Restritiva X Interpretação Extensiva

"A regra do art. 8º do ADCT é de interpretação restritiva. O intérprete deve contemplar tão somente as situações lá descritas, às quais não se subsumem as pretensões do falecido autor. Não se trata de restrição casuística, dado que a limitação do alcance do benefício da anistia é de caráter geral. Os mecanismos de ressarcimento não alcançam indenizações por confisco nem devolução de bens outrora confiscados. O art. 8º do ADCT apenas assegura promoções e indenizações pertinentes a carreiras de servidores públicos civis e militares. Não há como se criar jurisprudencialmente situação que autorize devolução de bens confiscados ou eventual pagamento de indenização mediante interpretação extensiva, de resto vedada por norma de alcance restrito, em decorrência da excepcionalidade que marca sua natureza. Assente-se que o mecanismo cogitado pelo art. 8º do ADCT, regulamentado pela Lei n. 10.559/2002, não prevê devolução de bens confiscados ou pagamento de indenizações pelo confisco de bens, com valores apurados em eventual liquidação de sentença. (...) Registre-se que o processo penal (...) restringiu-se à apuração da ocorrência de diversos crimes de falso, os quais teriam sido cometidos como meio para transferir a propriedade das terras de Cascavel (...). No julgamento do caso (...), o réu foi absolvido das acusações. (...) esclareça-se, ainda, que houve confisco de diversos bens (...), entretanto a sentença penal (...) apreciou apenas a questão dos crimes de falso relacionados a uma propriedade, a de Cascavel, onde atualmente funciona um quartel do

exército. Na petição inicial postula-se, com fundamento no art. 8º do ADCT, a devolução de todos os bens que foram confiscados ou a condenação em ressarcimento. Entendo que não há como acolher essa pretensão. (...) O confisco das propriedades decorreu do reconhecimento de enriquecimento ilícito (...). Assim, a absolvição, na esfera criminal, em relação às imputações dos crimes de falso supostamente praticados como meio para legalizar a transferência da propriedade de Cascavel não tem o condão de implicar efeitos na esfera administrativa. Os fundamentos para a absolvição penal – inexistência dos crimes de falso – e para a decretação do confisco – ocorrência de enriquecimento ilícito decorrente do abuso da qualidade de agente público – são absolutamente independentes" (RE 368.090, voto do rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-8-2012, Segunda Turma, DJe de 19-12-2012).

Conforme já examinado nos capítulos antecedentes, a interpretação jurídica pode modular o alcance da linguagem normativa para produzir os seguintes efeitos semânticos: declaratório, restritivo e extensivo.

No plano da hermenêutica jurídica, discute-se sobre a adequação de uma interpretação restritiva, a qual reduz o significado do preceito jurídico-normativo quando comparado ao senso comum linguístico, ou de uma interpretação extensiva, que amplia o sentido do dispositivo jurídico-normativo, ao ser cotejado com o significado comumente aceito para dadas expressões linguísticas.

Com efeito, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal considerou que a regra do art. 8º do ADCT é de interpretação restritiva, porquanto o intérprete deve contemplar tão somente as situações lá descritas, às quais não se subsumem as pretensões do autor.

Segundo o entendimento da Alta Corte, os mecanismos de ressarcimento não alcançam indenizações por confisco nem devolução de bens outrora confiscados, pois o art. 8º do ADCT apenas assegura promoções e indenizações pertinentes a carreiras de servidores públicos civis e militares. Não havendo como se criar jurisprudencialmente situação que autorize devolução de bens confiscados ou eventual pagamento de indenização mediante interpretação extensiva.

41. Interpretação Literal

"Mandado de segurança. promoção de juiz federal pelo critério do merecimento para o TRF. Ampla discricionariedade do Presidente da República fundada em interpretação literal do art. 107 da CF. Inadmissibilidade. Vinculação da escolha presidencial ao nome que figure em lista tríplice por três vezes consecutivas ou cinco alternadas. Exigibilidade. Necessidade de exegese sistemática das normas gerais aplicáveis à magistratura nacional. Incidência do art. 93, II, a, na espécie. Alteração introduzida pela EC 45/2004 no inciso III do mencionado dispositivo que não altera tal entendimento" (MS 30.585, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-9-2012, Plenário, DJe de 28-11-2012).

Como já estudado na presente obra, a interpretação literal ou gramatical do direito consiste na reprodução do sentido textual dos comandos normativos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Ocorre que, atualmente, sob os influxos do pós-positivismo jurídico, a interpretação literal ou gramatical deve ser vista como um mero ponto de partida da tarefa hermenêutica. O texto deve ser confrontado sistemicamente com o contexto jurídico-normativo e, até mesmo, com a própria realidade circundante.

Com efeito, no caso vertente, afastou-se a interpretação literal do art. 107 da Constituição Federal de 1988, para reconhecer-se que a discricionariedade do Presidente da República, em matéria de promoção de juiz federal pelo critério do merecimento ao Tribunal Regional Federal, não é absoluta, sendo passível, portanto, de controle jurisdicional.

Logo, considerando a exegese sistemática das normas gerais aplicáveis à magistratura nacional, com a incidência do art. 93, II, a, da Carta Magna de 1988, chega-se ao entendimento de que a opção presidencial encontra-se vinculada ao nome que figure em lista tríplice por três vezes consecutivas ou cinco alternadas.

42. Interpretação Histórica

"O art. 195, § 7º, CF/88, Ainda que não inserido no capítulo do Sistema Tributário Nacional (STN), mas explicitamente incluído topograficamente na temática da seguridade social, trata, inequivocamente, de matéria tributária. Porquanto ubi eadem ratio ibi idem jus, podendo estender-se às instituições de assistência stricto sensu, de educação, de saúde e de previdência social, máxime na medida em que restou superada a tese de que este artigo só se aplica às entidades que tenham por objetivo tão somente as disposições do art. 203 da CF/88 (ADI 2.028-MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ de 16-06-2000). A seguridade social prevista no art. 194 da CF/88 compreende a previdência, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte dos seus usuários, a teor dos arts. 196 e 203, ambos da CF/88. Característica esta que distingue a previdência social das demais subespécies da seguridade social, consoante a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que seu caráter é contributivo e de filiação obrigatória, com espeque no art. 201, todos da CF/88. (...) o STN, encartado em capítulo próprio da carta federal, encampa a expressão 'instituições de assistência social e educação' prescrita no art. 150, VI, c, cuja conceituação e regime jurídico aplica-se, por analogia, à expressão 'entidades beneficentes de assistência social' contida no art. 195, § 7º, à luz da interpretação histórica dos textos das CF/46, CF/67 e CF/69, e das premissas fixadas no verbete da Súmula 730" (RE 636.941, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13-2-2014, Plenário, DJe de 4-4-2014, com repercussão geral).

A interpretação histórica do direito consiste na busca de antecedentes remotos ou imediatos que servem como elementos para a intelecção e aplicação dos dispositivos normativos atualmente vigentes. O passado ilumina o presente, que, por sua vez, descortina o futuro.

Decerto, o tempo é um fluxo contínuo e indivisível. As demarcações temporais são meras convenções. O mesmo pode ser transplantado para o mundo jurídico. Um diploma ou preceito normativo não pode ser isolado daqueles que o precederam, pois se torna mais fácil compreender o significado da norma jurídica quando se consegue mapear a sua longa e gradativa evolução histórica.

No caso ora transcrito, o Supremo Tribunal Federal, com base na interpretação histórica dos textos das CF/46, CF/67 e CF/69, e das premissas fixadas no verbete da Súmula 730, construiu o entendimento hermenêutico de que o art. 195, § 7º, da CF/88, embora não inserido no capítulo do Sistema Tributário Nacional, mas textualmente incluído topograficamente na temática da seguridade social, trata, inequivocamente, de matéria tributária.

43. Interpretação Sistemática

"Após a alteração promovida pela EC 15/96, a Constituição explicitou o alcance do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de Municípios e, portanto, o significado da expressão 'populações diretamente interessadas', contida na redação originária do § 4º do art. 18 da Constituição, no sentido de ser necessária a consulta a toda a população afetada pela modificação territorial, o que, no caso de desmembramento, deve envolver tanto a população do território a ser desmembrado, quanto a do território remanescente. Esse sempre foi o real sentido da exigência constitucional – a nova redação conferida pela emenda, do mesmo modo que o art. 7º da Lei n. 9.709/98, apenas tornou explícito um conteúdo já presente na norma originária. A utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de Estados-membros e de Municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um Estado do que para o desmembramento de um Município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da Federação. O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Esse objetivo será alcançado mediante

interpretação que extraia do termo 'população diretamente interessada' o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do Estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada. A realização de plebiscito abrangendo toda a população do ente a ser desmembrado não fere os princípios da soberania popular e da cidadania. O que parece afrontá-los é a própria vedação à realização do plebiscito na área como um todo. Negar à população do território remanescente o direito de participar da decisão de desmembramento de seu Estado restringe esse direito a apenas alguns cidadãos, em detrimento do princípio da isonomia, pilar de um Estado Democrático de Direito. Sendo o desmembramento uma divisão territorial, uma separação, com o desfalque de parte do território e de parte da sua população" (ADI 2.650, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 24-8-2011, Plenário, DJe de 17-11-2011).

Como já estudado nos capítulos passados, a interpretação sistemática implica a busca da correlação de um preceito normativo com outros dispositivos normativos que compõem o sistema jurídico, pois somente a compreensão do todo ilumina o entendimento das partes.

O caso vertente trata da alteração promovida pela EC 15/96, que elucidou o alcance do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de Municípios e, portanto, o significado da expressão "populações diretamente interessadas", contida na redação originária do § 4º do art. 18 da Constituição Federal de 1988.

Deveras, tornou-se necessária a consulta a toda a população afetada pela modificação territorial, o que, no caso de desmembramento, deve abarcar tanto a

população do território a ser desmembrado quanto a do território remanescente.

Sendo assim, a nova redação conferida pela emenda constitucional, da mesma forma que o art. 7º da Lei n. 9.709/98, apenas explicitou um conteúdo já presente na norma originária.

Segundo o julgador, a utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de Estados-membros e de Municípios não pode, todavia, implicar a conclusão de que cada um teria um sentido diferente, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um Estado do que para o desmembramento de um Município.

Para o Supremo Tribunal Federal, esse problema hermenêutico deve ser evitado por uma interpretação sistemática que confira a mesma solução para ambos os casos, sob pena de restar ferida a isonomia entre os entes federativos.

Como refere o Pretório Excelso, o presente caso exige uma interpretação sistemática da Constituição, que considere a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, a fim de que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas.

Destarte, esse escopo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo “população diretamente interessada” o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do Estado-membro ou do Município, e não somente a população da área a ser desmembrada.

44. Interpretação Sociológica

"É certo que a ordem econômica na constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre-iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre-iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre-iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [arts. 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes" (ADI 1.950, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, DJ de 2-6-2006). No mesmo sentido: ADI 3.512, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, DJ de 23-6-2006.

A interpretação sociológica do direito impõe a necessária adequação da normatividade jurídica à realidade social, a fim de que o texto normativo possa materializar-se no contexto mais amplo do mundo real.

Deveras, para que o direito possa ser efetivo, torna-se imperioso aproximar a lei da sociedade, a fim de que aquela não resulte num conjunto de comandos abstratos e distantes do plano concreto das relações humanas.

No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal se valeu da interpretação sociológica, para legitimar a ingerência do Estado na comunidade, através da efetivação de políticas públicas que promovam a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos.

De acordo com o precedente, o princípio da livre-iniciativa se aplica ao Estado, impondo ao Poder Público a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto, com base nos arts. 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Logo, na composição entre esses princípios e regras, há de ser resguardado o interesse de toda a coletividade.

45. Interpretação Teleológica

"Esta suprema corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade. A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre os quais se insere o conceito de 'receita' constante do seu art. 195, I, b) não está sujeita, por óbvio, à prévia edição de lei. Tampouco está condicionada à lei a exegese dos dispositivos que estabelecem imunidades tributárias, como aqueles que fundamentaram o acórdão de origem (arts. 149, § 2º, I, e 155, § 2º, X, a, da CF). Em ambos os casos, trata-se de interpretação da lei maior voltada a desvelar o alcance de regras tipicamente constitucionais, com absoluta independência da atuação do legislador tributário. (...) O art. 155, § 2º, X, a, da CF – cuja finalidade é o incentivo às exportações, desonerando as mercadorias nacionais do seu ônus econômico, de modo a permitir que as empresas brasileiras exportem produtos, e não tributos – imuniza as operações de exportação e assegura 'a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores'. Não incidem, pois, a Cofins e a contribuição ao PIS sobre os créditos de ICMS cedidos a terceiros, sob pena de frontal violação do preceito constitucional. O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, b, da CF, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis n. 10.637/2002 (art. 1º) e Lei n. 10.833/2003 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao

PIS/PASEP e da Cofins não cumulativas sobre o total das receitas, 'independentemente de sua denominação ou classificação contábil'. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do direito tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições. O aproveitamento dos créditos de ICMS por ocasião da saída imune para o exterior não gera receita tributável. Cuida-se de mera recuperação do ônus econômico advindo do ICMS, assegurada expressamente pelo art. 155, § 2º, X, a, da CF. Adquirida a mercadoria, a empresa exportadora pode creditar-se do ICMS anteriormente pago, mas somente poderá transferir a terceiros o saldo credor acumulado após a saída da mercadoria com destino ao exterior (art. 25, § 1º, da LC 87/96). Porquanto só se viabiliza a cessão do crédito em função da exportação, além de vocacionada a desonerar as empresas exportadoras do ônus econômico do ICMS, as verbas respectivas qualificam-se como decorrentes da exportação para efeito da imunidade do art. 149, § 2º, I, da CF. Assenta esta Suprema Corte a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da Cofins não cumulativas sobre os valores auferidos por empresa exportadora em razão da transferência a terceiros de créditos de ICMS. Ausência de afronta aos arts. 155, § 2º, X; 149, § 2º, I; 150, § 6º; e 195, caput e inciso I, b, da CF" (RE 606.107, rel. Min.

Rosa Weber, julgamento em 22-5-2013, Plenário, DJe de 25-11-2013, com repercussão geral).

A interpretação teleológica do direito objetiva realizar a finalidade da norma jurídica, muitas vezes superando a mera literalidade do texto normativo. No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal utilizou o método teleológico, ao tratar do tema da imunidade, emprestando abrangência maior ao instituto, com escopo de assegurar à norma constitucional máxima efetividade.

Com efeito, entendeu a Alta Corte que o art. 155, § 2º, X, a, da CF – cujo fim é o incentivo às exportações, desonerando as mercadorias nacionais do seu ônus econômico, para permitir que as empresas brasileiras exportem produtos, e não tributos – imuniza as operações de exportação, assegura a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores. Logo, não incidem, pois, a COFINS e a contribuição ao PIS sobre os créditos de ICMS cedidos a terceiros.

Sendo assim, sustentou a Suprema Corte a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS não cumulativas sobre os valores auferidos por empresa exportadora em face da transferência a terceiros de créditos de ICMS. Ausência de afronta aos arts. 155, § 2º, X; 149, § 2º, I; 150, § 6º; e 195, caput e inciso I, b, da Constituição Federal de 1988.

46. Interpretação do Direito e Conceitos Indeterminados

"Recurso em mandado de segurança. servidor público. Processo administrativo. Demissão. Poder disciplinar. Limites de atuação do Poder Judiciário. Princípio da ampla defesa. Ato de improbidade. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV, da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação,

não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido" (RMS 24.699, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, DJ de 1º-7-2005)

Como já salientado anteriormente, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles fundados nos valores da experiência social, cujos termos revelam-se ambíguos ou imprecisos, razão pela qual necessitam ser complementados pelo esforço hermenêutico dos juristas.

Decerto, tais conceitos jurídicos indeterminados estão presentes em vários ramos do direito. Eles conferem ao hermeneuta a missão de atuar no preenchimento do seu conteúdo, a fim de que se extraia da norma jurídica o seu real significado para um dado caso concreto.

Com efeito, a estrutura do conceito jurídico indeterminado ostenta, assim, o núcleo fixo ou zona de certeza positiva, a zona intermediária ou de incerteza e a zona de certeza negativa. Dentro da zona de certeza positiva, ninguém duvida do cabimento da aplicação da palavra que os designa, diferentemente da zona de certeza negativa, em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só teriam cabimento no espaço entre ambas.

Deveras, a imprecisão do significado dos vocábulos empregados na norma jurídica conduz necessariamente a uma indeterminação dos seus comandos pelo que, só em casos excepcionais, o conceito deixa comportar vários sentidos.

A discussão sobre a questão que envolve os conceitos indeterminados empregados é realizada por duas correntes antagônicas.

Para a primeira vertente, no preenchimento dos conceitos indeterminados, excluir-se-ia qualquer possibilidade de atuação discricionária da Administração, visto só existir uma única solução correta, possível

apenas de ser encontrada através da interpretação jurisdicional.

Por sua vez, a segunda concepção defende um sentido contrário, admitindo a possibilidade de várias decisões certas dentro dos conceitos indeterminados, que possibilitariam uma atuação discricionária, livre de controle jurisdicional.

Parece, contudo, mais apropriado um entendimento intermediário, segundo o qual não se deve admitir a concepção de discricionariedade como a liberdade livre das amarras jurídico-normativas, tendo em vista a evolução da jurisprudência e da doutrina pátria no sentido de somente concebê-la dentro dos limites normativos, mormente principiológicos, do ordenamento jurídico.

Não obstante a fluidez ou imprecisão que estão previstas *in abstracto* na norma, podendo ou não se dissipar quando verificada a hipótese in concreto, propiciam os conceitos jurídicos indeterminados uma limitação da discricionariedade administrativa, tendo em vista a busca da otimização dos fins e valores a serem atingidos pela normatividade jurídica.

O caso concreto versa sobre Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90, com a aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso daquele apontado pela comissão de inquérito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a autoridade administrativa estaria autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela conferir essa livre atuação. Logo, os atos administrativos que envolvem a aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato administrativo, à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

47. Interpretação do Direito e Principiologia Jurídica

"O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos 'princípios' essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas

vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política” (Ext 855, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, DJ de 1º-7-2005).

Como já examinado anteriormente, os princípios se afiguram como normas genéricas, semanticamente abertas e que corporificam os mais relevantes valores e fins a serem realizados pela ordem jurídica, potencializando o desenvolvimento de interpretações mais justas.

Além do cumprimento das funções fundamentadora e supletiva, os princípios despontam como importantes vetores hermenêuticos, que embasam a interpretação teleológica do ordenamento jurídico, possibilitando a aproximação do direito perante o substrato axiológico da moralidade social.

No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal valeu-se de uma interpretação principiológica da Carta Magna de 1988 para tratar do repúdio ao terrorismo como um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de seu próprio sistema jurídico interno, quer perante a sociedade internacional.

Segundo a Alta Corte, os princípios da Carta Magna brasileira, mormente aqueles que se depreendem dos art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII, não permitem que se atribua, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião.

Deste modo, o Pretório Excelso entendeu que se deve impedir a formação, em torno do terrorista, de um inadmissível círculo de tutela, que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, especialmente em face da constatação de que o legislador constituinte formulou um evidente juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista,

não admitindo, portanto, a dignidade que muitas vezes se materializa na prática da criminalidade política.

48. Interpretação do Direito e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

"Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) O postulado da

dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana" (RE 477.554-AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJe de 26-8-2011)

No contexto do neoconstitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana afigura-se como o centro axiológico e teleológico de uma ordem jurídica justa, internacional e nacional, pautada na tutela e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de um interesse econômico, político ou ideológico.

Sendo assim, restam vedadas quaisquer práticas, oriundas do Poder Público ou dos particulares, tendentes

a aviltar, coisificar ou instrumentalizar a condição humana.

No precedente acima exposto, o Supremo Tribunal Federal invocou o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) para tratar do reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar.

Ademais, o Pretório Excelso considerou o princípio da dignidade da pessoa humana como um significativo vetor hermenêutico e valor--fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional pátrio, traduzindo um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional brasileiro.

Nesse sentido, a Alta Corte reconheceu assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, admitindo, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, para atribuir-lhe verdadeiro estatuto de cidadania, a fim de permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito previdenciário, e, também, na esfera das relações familiares.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero diverso, justifica-se pela direta aplicação dos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade, da liberdade, da segurança jurídica e do postulado implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais reforçam o sentido de inclusão decorrente da própria Carta Magna de 1988 (art. 1º, III, e art. 3º, IV).

49. Interpretação do Direito e o Princípio da Proporcionalidade

"Lei do crime organizado (art. 7º). Vedação legal apriorística de liberdade provisória. Convenção de Palermo (art. 11). Inadmissibilidade de sua invocação. (...) Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do STF, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do due process, dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF. A interdição legal in abstracto, vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o plenário do STF estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do due process of law, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar

penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar" (HC 94.404, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, DJe de 18-6-10. Em sentido contrário: HC 89.143, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJe de 27-6-2008).

O princípio constitucional da proporcionalidade, também denominado de razoabilidade, afigura-se como um importante vetor hermenêutico, que orienta a tomada de decisões do Poder Público que possam revelar-se adequadas (correlação dos meios com os fins) e necessárias (proibição do excesso em matéria de restrição de direitos individuais), levando-se em conta também o binômio custo-benefício no desenvolvimento da interpretação jurídica.

Trata-se, inclusive, da dimensão substantiva do devido processo legal, cláusula principiológica que deve nortear os processos legislativo, eleitoral, negocial, administrativo e jurisdicional.

No julgado ora transcrito, o Supremo Tribunal Federal se valeu também do princípio da proporcionalidade para examinar a constitucionalidade da vedação apriorística de liberdade provisória, prevista pela Lei do Crime Organizado (art. 7º) e pela Convenção Internacional de Palermo (art. 11).

Segundo a Alta Corte, a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória não é aceita pela sua jurisprudência, que a considera incompatível com os princípios consagrados na Carta Magna de 1988, independentemente da gravidade objetiva do delito.

Sendo assim, considerando os princípios da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, aplicado esse na

perspectiva da proibição do excesso, o Pretório Excelso entendeu que o legislador não pode substituir-se ao magistrado na verificação da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal, levando-se em conta a necessidade concreta de individualizar a aplicação das sanções penais.

50. Interpretação do Direito e a Ponderação de Valores

"O tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR, contra os arts. 1º, 3º e 5º da Lei n. 9.534/97, que preveem a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva. Entendeu-se inexistir conflito da lei impugnada com a Constituição, a qual, em seu inciso LXXVI do art. 5º apenas estabelece o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta gratuidade seja estendida a outros cidadãos. Considerou-se, também, que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5º, LXXVII). Aduziu-se, ainda, que os oficiais exercem um serviço público, prestado mediante delegação, não havendo direito constitucional à percepção de emolumentos por todos os atos praticados, mas apenas o recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolumentos que tenham sido fixados. Em acréscimo a esses fundamentos do relator originário, o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, ressaltou que, não obstante o entendimento de se tratar de serviço público prestado por delegação, a intervenção estatal não poderia anular, por completo, o caráter privado (CF, art. 236) – cuja continuidade depende da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro –, o que não vislumbrou no diploma legal em tela, quando examinado à luz de uma ponderação de valores constitucionais, especialmente sob o prisma da proporcionalidade.

Afirmou que os notários e registradores exercem muitas outras atividades lucrativas e que a isenção de emolumentos neles prevista não romperia o equilíbrio econômico-financeiro das serventias extrajudiciais, de maneira a inviabilizar sua continuidade, e que tais dispositivos legais buscam igualar ricos e pobres em dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua condição ou sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da CF. O Min. Eros Grau fez ressalva quanto à questão do princípio da proporcionalidade. O Min. Sepúlveda Pertence reportou-se aos fundamentos que expendera no julgamento da cautelar" (ADI 1.800, rel. p/o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-6-2007, Informativo 471).

No plano do pós-positivismo jurídico, a ponderação de valores emerge como uma técnica hermenêutica voltada para a solução dos conflitos entre os princípios, mormente aqueles que enunciam os direitos fundamentais dos cidadãos, tendo em vista a impossibilidade de utilização dos critérios tradicionais de solução das antinomias jurídicas, a saber, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Nesse sentido, o intérprete deve ponderar os valores implicados, realizando o sopesamento dos princípios em disputa, a fim de estabelecer uma hierarquia concreta entre eles, à luz da proporcionalidade e com base nos fatos e valores envolvidos em dado caso concreto.

No precedente acima exposto, o Supremo Tribunal Federal se valeu do uso de uma ponderação de valores para julgar uma ação direta, movida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil, contra os arts. 1º, 3º e 5º da Lei n. 9.534/97, que estabelecem a gratuidade

do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva.

Com efeito, a Alta Corte sustentou inexistir conflito da lei impugnada com a Constituição Federal de 1988, a qual, em seu inciso LXXVI do art. 5º apenas exige o mínimo a ser obedecido pela lei, não vedando que esta gratuidade seja conferida a outros cidadãos.

Outrossim, o Pretório Excelso considerou que os atos relativos ao nascimento e ao óbito constituem a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5º, LXXVII).

De outro lado, referiu-se, ainda, que os oficiais exercem um serviço público, prestado mediante delegação, não havendo direito à percepção de emolumentos por todos os atos praticados, mas apenas o recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolumentos que tenham sido estabelecidos.

Por derradeiro, asseverou-se que os notários e registradores exercem muitas outras atividades lucrativas e que a isenção de emolumentos neles prevista não romperia o equilíbrio econômico-financeiro das serventias extrajudiciais, de modo a inviabilizar sua continuidade, porquanto tais comandos legais buscam igualar os cidadãos, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua situação patrimonial, possam exercer os seus direitos exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal de 1988.

51. Interpretação do Direito e o Princípio da Igualdade

"É constitucional a lei n. 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta, por três fundamentos. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator 'raça' como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma 'burocracia representativa', capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos

quadros da Administração Pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa" (ADC 41, rel. Min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, DJe de 17-8-2017. Vide ADPF 186, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, DJe de 20-10-2014).

Nesse emblemático julgado, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos.

Com efeito, o Pretório Excelso considerou que o referido diploma legislativo revela-se adequado verticalmente com a Carta Magna de 1988 (dimensão sistemática), além de concretizar os valores e fins consagrados na principiologia constitucional, mormente o princípio da igualdade material (dimensão teleológica).

Realizou-se também, uma ponderação de bens e interesses, solucionando-se o conflito entre o princípio da isonomia substancial, de um lado, e dos princípios da eficiência e do acesso à Administração pelo concurso público, de outro lado, com base no exame da proporcionalidade dessa medida legislativa.

Por fim, conclui-se que também afigura-se constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos, sendo também legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, a exemplo da exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso, desde que observados os princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa.

52. Interpretação do Direito e os Princípios Republicano e Democrático

"O plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'sem individualização dos doadores', constante da parte final do § 12 do art. 28 da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), acrescentada pela Lei n. 13.165/2015, para considerar que a indicação dos doadores deve ser feita tanto na prestação de contas dos partidos quanto dos candidatos. No julgamento da medida cautelar, o Plenário havia suspendido, até o julgamento final da ação, a eficácia da referida expressão, com efeitos "ex tunc" (...). A norma impugnada dispõe sobre regras para a prestação de contas de partidos e candidatos com relação a valores oriundos de doações. De um lado, os valores transferidos pelos partidos aos candidatos serão registrados na prestação de contas dos candidatos como 'transferência dos partidos'. De outro, essas mesmas operações serão registradas na prestação de contas dos partidos como 'transferência aos candidatos'. Em ambas, a legislação prevê que os registros serão realizados 'sem individualização dos doadores'. Para o Tribunal, no entanto, o estabelecimento da chamada 'doação eleitoral oculta' implica violação aos princípios republicano e democrático (CF, art. 1º, caput), além de representar afronta aos postulados da moralidade e da transparência. O princípio republicano repele peremptoriamente a manutenção de expedientes ocultos no que concerne ao funcionamento da máquina estatal em suas mais diversas facetas. Especificamente

sob o prisma do processo eleitoral, a divulgação dos nomes dos doadores de campanha e dos respectivos destinatários viabiliza uma fiscalização mais eficaz da necessária lisura dos processos de escolha dos detentores de mandato político” (ADI 5.394, Rel. Min.rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 22-3-2018, Informativo 895).

No caso vertente, o Supremo Tribunal Federal examinou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “sem individualização dos doadores”, constante da parte final do § 12 do art. 28 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), incluída pela Lei n. 13.165/2015.

Com efeito, o Pretório Excelso sustentou que o referido diploma legislativo revelava-se parcialmente incompatível com a Lei Maior (dimensão sistemática), porquanto não lograria concretizar os valores e fins corporificados na principiologia constitucional, mormente os princípios republicano e democrático (dimensão teleológica), segundo os quais o poder político emana do povo, devendo ser adquirido e exercido com probidade e retidão moral, sempre com base no efetivo controle popular pelos cidadãos.

Destarte, a Corte Suprema considerou que a indicação dos doadores deve ser feita tanto na prestação de contas dos partidos quanto dos candidatos, porque o estabelecimento da denominada “doação eleitoral oculta” implicaria uma ofensa aos princípios republicano e democrático, além de afigurar violação aos postulados da moralidade administrativa e da transparência pública.

53. Interpretação do Direito e a Tutela da Identidade de Gênero

“O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Com base nessas assertivas, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/73. Reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. O Colegiado assentou seu entendimento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da Costa Rica. Considerou desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero auto-percebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a obrigatoriedade de comprovar

requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. Por fim, concluiu pela inexigibilidade da realização de qualquer tipo de operação ou intervenção cirúrgica ou hormonal" (ADI 4.275, rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 1º-3-2018, Informativo 892).

No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal explorou as dimensões sistemática e teleológica no plano hermenêutico, ao julgar procedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, que trata dos registros públicos.

O mencionado dispositivo normativo prescreve, em seu caput, que "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios", enquanto, em seu parágrafo único, estabelece que "a substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público", após redação dada pela Lei n. 9.807, de 1999.

A Corte Suprema considerou que o princípio da igualdade sem discriminações alcançaria a identidade ou a expressão de gênero, tendo em vista o respeito à dignidade humana, fonte dos direitos da personalidade.

Com efeito, entendeu-se que a identidade de gênero revela-se como uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, portanto, caberia ao Poder Público apenas a função de reconhecê-la, nunca

de constituí-la, pois a pessoa não deve provar o que é, não devendo o Estado condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de intervenção médica – cirúrgica ou hormonal.

Por derradeiro, o Pretório Excelso reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no Registro Civil.

Table of Contents

Prefácio: O Direito entre a Hermenêutica Filosófica e a História
Parte I: Noções Fundamentais de Hermenêutica e Interpretação do Direito
- 1. Hermenêutica e Interpretação
- 2. Raízes Filosóficas da Hermenêutica Jurídica
- 3. A Singularidade da Interpretação do Direito
- 4. Interpretação do Direito: Uma Atividade de Compreensão
- 5. Interpretação do Direito e a Polissemia da Linguagem Humana
- 6. Tecnologia Hermenêutica: Da Letra ao Espírito do Direito
- 7. Do Subjetivismo ao Novo Objetivismo Jurídico

Parte II: A Pós-Modernidade Jurídica e o Paradigma Hermenêutico Emergente
- 8. Fundamentos do Projeto da Modernidade
- 9. Os Elementos da Modernidade Jurídica
- 10. O Colapso da Modernidade Jurídica
- 11. Caracteres da Cultura Jurídica Pós-Moderna e seus Reflexos Hermenêuticos
- 12. Pós-Positivismo e a Interpretação do Direito Principiológico
- 13. A Principiologia Jurídica como Norte Hermenêutico
- 14. A Interpretação Jurídica e o Pensamento Tópico
- 15. A Interpretação do Direito e a Lógica do Razoável
- 16. A Interpretação Jurídica e a Nova Retórica

17. Interpretação do Direito e Argumentação Procedimental
Parte III: Tópicos Especiais de Hermenêutica e Interpretação do Direito
18. Hermenêutica, Integração do Direito e o Problema das Lacunas Jurídicas
19. Hermenêutica e o Problema das Antinomias Jurídicas
20. Interpretação do Direito e as Cláusulas Gerais
21. Interpretação do Direito e as Máximas de Experiência
22. Interpretação do Direito e os Conceitos Jurídicos Indeterminados
23. Interpretação do Direito e o Fenômeno da Discricionariedade
24. Interpretação do Direito e o Papel da Jurisprudência
25. Interpretação do Direito e Precedentes Judiciais: O Valor do Stare Decisis
26. Interpretação do Direito e a Aparente Dicotomia Segurança Jurídica X Justiça
27. Neoconstitucionalismo, Jurisdição e a Interpretação do Direito
28. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Nova Interpretação Jurídica
29. O Princípio da Proporcionalidade e a Nova Interpretação Jurídica
30. Hermenêutica Jurídica sem Hermetismo: A Necessidade da Democratização da Interpretação do Direito
31. A Tendência Hermenêutica do Direito Sumular
32. O Novo Código de Processo Civil: Contributos para a Hermenêutica Jurídica no Brasil
33. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Inovações e Parâmetros para a Hermenêutica Jurídica Pátria

Parte IV: Jurisprudência Selecionada. Exame Prático de Hard Cases
- 34. Proposta Metodológica
- 35. Hermenêutica e Interpretação do Direito
- 36. A Dimensão Axiológica da Interpretação Jurídica
- 37. Regras de Hermenêutica
- 38. Interpretação do Direito e Linguagem
- 39. Intérpretes do Direito
- 40. Interpretação Restritiva X Interpretação Extensiva
- 41. Interpretação Literal
- 42. Interpretação Histórica
- 43. Interpretação Sistemática
- 44. Interpretação Sociológica
- 45. Interpretação Teleológica
- 46. Interpretação do Direito e Conceitos Indeterminados
- 47. Interpretação do Direito e Principiologia Jurídica
- 48. Interpretação do Direito e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana
- 49. Interpretação do Direito e o Princípio da Proporcionalidade
- 50. Interpretação do Direito e a Ponderação de Valores
- 51. Interpretação do Direito e o Princípio da Igualdade
- 52. Interpretação do Direito e os Princípios Republicano e Democrático
- 53. Interpretação do Direito e a Tutela da Identidade de Gênero